

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'ADSTIPULATIO

DROIT FRANÇAIS

DU RETRAIT SUCCESSORAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Louis BLANCKAERT

DUNKERQUE

Typographie-Lithographie MINET-TRESCA, rue des Pierres, 7.

— 1895 —

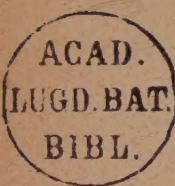
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'ADSTIPULATIO

DROIT FRANÇAIS

DU RETRAIT SUCCESSORAL



THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mercredi 23 Janvier 1895, à 2 heures 1/2

PAR

Louis BLANCKAERT

Président : M. CAUWES.

Suffragants : { MM. CUQ, *Professeur.*
LESCUR, *Agrégé.*
CHÉNON, *Agrégé.*

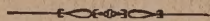
DUNKERQUE

Typographie-Lithographie MINET-TRESCA, rue des Pierres, 7.

— 1895 —

La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises
dans les thèses; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs

DROIT ROMAIN



DROIT ROMAIN

DE L'ADSTIPULATIO

INTRODUCTION

Les textes de la législation romaine nous révèlent que, souvent, à Rome, après que deux personnes avaient conclu un contrat, que l'une était devenue créancière et l'autre débitrice, un tiers intervenait et, à son tour, promettait au créancier ou stipulait du débiteur l'objet de ce contrat. (1)

Ce tiers s'engageait-il envers le créancier, lui promettait-il, par exemple, le paiement de sa créance si le débiteur était infidèle à ses engagements, se présentait-il, en un mot, comme *sponsor*, *fidepromissor* ou *fidejussor* ? le créancier était plus sûr d'être complètement désintéressé et de ne subir aucun préjudice ; aussi le débiteur pouvait espérer un plus long délai

(1) Gaius III § 110.

Instit. pr. De fid. III, 20.

pour se libérer. D'autre part, ce tiers avait-il reçu du créancier le mandat de stipuler de son débiteur l'objet que celui-ci lui avait promis, c'est-à-dire s'était-il présenté comme *adstipulator* ? le créancier n'était pas astreint à une surveillance aussi constante puisque *l'adstipulator* devait sauvegarder les droits de son mandant (1). Les pouvoirs de *l'adstipulator*, en effet, étaient plus étendus que ceux de *l'adjectus solutionis gratiâ* ; son rôle ne consistait pas uniquement à recevoir le paiement de la dette ; il pouvait poursuivre le débiteur qui n'exécutait pas son obligation (2). De même, le débiteur avait intérêt à s'engager envers *l'adstipulator* ; il avait, désormais, deux créanciers ; mais le paiement fait à l'un le libérait envers l'autre. Ainsi, si le créancier principal, habitant Ephèse, avait exigé que la dette fût payée à son domicile, le débiteur qui, comme *l'adstipulator*, habitait Rome, se serait acquitté valablement de son obligation en payant sa dette, à Rome, entre les mains de cet *adstipulator*.

Ce tiers devenait donc un véritable créancier ou un véritable débiteur et, quel que fut le but ou le résultat de son intervention, il pouvait rendre service aux deux parties contractantes. Cependant c'était surtout le créancier qui était intéressé à se l'adjoindre. La promesse qu'il exigeait de ce tiers était un moyen efficace d'être désintéressé si le débiteur devenait insolvable ; le mandat qu'il lui conférait de sauvegarder ses droits lui permettait d'être moins vigilant

(1) Gaïus III, § 111.

(2) L. 95, § 5, De Sol. XLVI, 3.

comme de triompher de nombreuses difficultés. Les Romains, en effet, avaient créé dans leur législation des règles étroites, des prohibitions sévères, un formalisme exagéré ; mais ils avaient été bientôt obligés d'en atténuer les conséquences et d'admettre des correctifs à leurs principes rigoureux. *L'adstipulatio* qui fait l'objet de cette étude en fut un des plus anciens et des plus puissants.

CHAPITRE I.

Définition. — Forme. Caractères de l'Adstipulatio.

L'*adstipulatio* était un contrat verbal, accessoire, par lequel une personne, appelée *adstipulator*, stipulait d'un débiteur la chose même que celui-ci avait déjà promise à un premier stipulant (1).

Quand le débiteur avait promis au créancier principal le paiement d'une certaine somme, *centum* par exemple, quand celui-ci lui avait posé la question : « *Spondes-ne mihi centum dare ?* » ou toute autre équivalente et que le débiteur lui avait répondu, l'*adstipulator* se présentait, il interrogeait ce même débiteur, stipulait *idem* et ce dernier s'engageait envers lui comme il s'était engagé déjà envers le créancier principal. Dès lors l'*adstipulator*, devenu par le fait même de l'*adstipulatio*, un véritable créancier, en avait et pouvait en exercer tous les droits (2).

L'*adstipulatio* était un contrat ; l'une des parties devenait créancière et l'autre débitrice. Les principes généraux qui gouvernaient les contrats s'appliquaient donc à l'*adstipulatio*.

(1) Gaius III, § 110.

(2) id. § 111.

Elle empruntait la forme des contrats *verbis* ; c'était un contrat verbal, une stipulation, et, comme telle, elle consistait en une interrogation et une réponse concordantes dont les termes étaient déterminés par la loi. (1)

Les parties, en effet, ne pouvaient se servir de telle ou telle expression ; la législation romaine renfermait pour chaque acte conclu dans la forme *verbis* des formules spéciales qui devaient être employées sous peine de nullité.

Quand l'obligation devait être corréale, les divers stipulants ou promettants devaient se conformer à tout un mécanisme que les Romains avaient imaginé pour éviter tout doute et toute confusion. Ainsi, fallait-il donner naissance à la corréalité active, les créanciers interrogeaient successivement le débiteur ; le premier posait la question suivante : « *Spondesne mihi dare decem aureos ?* », le second et les autres disaient : « *Spondesne mihi dare eosdem decem aureos ?* » et le débiteur répondait : « *Spondeo utrique vestrum* », ou simplement « *Spondeo* ». Le créancier désirait-il avoir plusieurs débiteurs, tous obligés à lui livrer le même objet ou à lui payer la même somme, en d'autres termes la corréalité devait-elle être passive ? le créancier interrogeait successivement chacun des débiteurs : « *Maevi, spondesne mihi dare decem aureos ? Sei spondesne mihi dare eosdem decem*

(1) Inst. De verb. oblig. III. 15 — Gaius III § 136 —

D. L. 55 De verb. oblig. XLV. 1. — L. 4. De duol reis XLV. 2.

aureos ?, ou bien il leur adressait cette question collective : « *Spondetis ?...* » et les débiteurs corréaux répondaient chacun : « *Spondeo* », ou tous ensemble : « *Spondemus* ». En un mot, la législation romaine exigeait pour la corréalité active autant d'interrogations qu'il y avait de stipulants et une seule réponse ; mais le débiteur ne devait répondre aux créanciers que quand ils l'avaient tous interrogé successivement. De même pour la corréalité passive elle exigeait que tous les promettants fussent interrogés successivement ou cumulativement et que leur réponse ne fût faite que quand ils avaient tous été interrogés.

Si le créancier s'adjoignait un *adjectus solutionis gratia*, pour que le paiement puisse être effectué entre les mains de ce dernier comme entre les siennes, le créancier devait stipuler en ces termes : « *Spondes-ne mihi dare aut Seio ?* ». (1)

Le créancier voulait-il nover ? La formule était encore déterminée par la loi ; Justinien l'affirme quand il déclare qu'autrefois on novait *lege* (2). Le créancier disait au débiteur : « *quid* ou *quidquid ex illâ causâ tu mihi debes, tu Titio debes*, ou bien encore *Titius mihi debet, id spondes-ne ?* », selon qu'il y avait novation par changement de créancier ou par changement de débiteur.

Le créancier avait-il exigé du débiteur que celui-ci lui amenât un *adpromissor* ? Quand ce dernier se

(1) L. 3 T. 19 De inut. stip. § 4.

(2) L. 8 Code de novat. VIII. 42.

présentait, il l'interpellait en ces termes : « *Idem spondesne* ou *fidepromittis* ou *fidejubes* », selon que cet *adpromissor* était un *sponsor*, un *fidepromissor* ou un *fidejussor*. (1)

Désirait-il, au lieu de donner naissance à une obligation, l'éteindre au moyen de l'acceptilatio ? les rôles étaient intervertis ; c'était lui qui répondait à la question posée par le débiteur. Celui-ci lui disait : « *Quod ego tibi promisi, acceptumne habes ?* » ; il répondait : *habeo* ou *habeo acceptumque tuli*. ». (2)

L'*adstipulatio*, nous l'avons dit, était une seconde stipulation. Lorsque le créancier principal avait interrogé le débiteur et que ce dernier s'était engagé envers lui, l'*adstipulator* disait à ce même débiteur : « *Idem mihi spondesne* ou *fidepromittis* », selon que les deux parties jouissaient ou non du droit de cité romaine ; car la formule *Spondesne ? Spondeo* était réservée exclusivement aux citoyens romains. Et le débiteur lui promettait *idem*.

L'*adstipulator* employait, le plus souvent, la même formule que le créancier principal (3) ; mais cet emploi des mêmes expressions n'était pas obligatoire et le choix de l'*adstipulator* n'était point limité. Le créancier principal pouvait dire par exemple : « *Spondesne mihi decem aureos ?* » et l'*adstipulator* : « *Dabisne mihi eosdem decem au-*

(1) Gaius III, §. 116. Int. pr. De fid. III. 20.

(2) Gaius III, §. 169.

(3) Gaius III, § 112.

reos ? » mais chacune des deux réponses devait renfermer le verbe employé dans l'interrogation qui la précédait. Ainsi, dans notre hypothèse, le débiteur devait répondre au créancier principal : « *Spondeo.* » et à l'*adstipulator* : « *Dabo.* »

Il faut remarquer (et c'est là une différence notable entre la corréalité et l'*adstipulatio*) que le débiteur ne pouvait répondre en même temps à l'interrogation du créancier principal et à celle de l'*adstipulator* ; chaque interrogation devait être suivie d'une réponse.

L'*adstipulatio* était un contrat *accessoire*. Elle supposait l'existence d'une obligation antérieure, d'un contrat principal. Ce premier contrat, le plus souvent, était une *stipulatio* ; mais l'*adstipulatio* était valable et efficace même quand le premier contrat n'avait pas été conclu dans la forme *verbis*. Les *sponsores* et les *fidepromissores* ne pouvaient, il est vrai, garantir que le paiement d'une dette contractée verbalement ; mais les *fidejussores* purent assurer l'exécution de toute obligation, quelle que fût la forme dans laquelle cette obligation avait été contractée. L'*adstipulatio* qui créait à la charge du débiteur une seconde dette, dépendante de la première, put aussi suivre toute espèce de contrat, mais, à l'origine, elle ne pouvait être conclue qu'après un contrat *verbis* (1). En un mot, on appliquait à l'*adstipulatio*, dans les premiers temps du droit romain, les règles plus

(3) Accarias, t. 2, p. 167, n° 2.

rigoureuses de la *sponsio* et de la *fidepromissio* ; mais, plus tard, on put lui appliquer les règles moins étroites de la *fidejussio*.

D'autre part, Paul, dans la loi 59 pr. D. Mandati, L. 17. XVII. T. 1, semble supposer qu'une personne a stipulé l'argent qu'une autre a prêté ; l'*adstipulator* n'était donc pas intervenu, dans cette hypothèse, après que le principal intéressé avait stipulé ; il n'avait pas reçu la mission d'assurer le paiement d'une dette née verbis ; c'était au contraire l'exécution d'une obligation contractée par un emprunteur et le remboursement de sommes prêtées qu'il devait exiger ; c'était, en d'autres termes, à l'exécution d'une obligation née d'un mutuum, d'un contrat re qu'il devait veiller. Puisque l'*adstipulator* pouvait stipuler de Secundus ce que Primus avait prêté à ce dernier, pourquoi, dès lors, n'aurait-il pas pu également stipuler de ce même Secundus le remboursement de sommes que Primus lui aurait remises en dépôt ? le prix d'un objet que Primus lui aurait vendu ? le montant d'une condamnation prononcée contre Secundus en faveur de Primus ? Nul texte, nulle règle de la législation romaine ne l'en empêchait, nulle loi ne formulait une telle prohibition ou autorisait l'interprète à la déduire. La loi précitée permet donc d'étendre la portée et le domaine de l'*adstipulatio* (1) et de dire qu'elle pouvait être faite après tout autre contrat que la stipulation, quel que fût ce premier

(1) L. 59, pr. D. Mandati L. 17. T. 1.

contrat. Nous pensons même que l'*adstipulator* pouvait assurer l'exécution d'une obligation née en dehors de toute convention, d'un délit par exemple. (1)

L'*adstipulatio* était encore valable lorsque le contrat principal n'avait engendré qu'une obligation naturelle (2). Elle était aussi efficace quand cette première convention n'était sanctionnée que par le *jus honorarium*. (3)

Le débiteur pouvait promettre *idem* à plusieurs *adstipulatores* et ceux-ci pouvaient, à leur tour, s'adjoindre une ou plusieurs personnes auxquelles ils confiaient une mission semblable à celle qu'ils avaient reçue. (4)

Puisque l'*adstipulatio*, bien que contrat accessoire, était néanmoins un véritable contrat et en renfermait tous les éléments, puisque la réponse faite par le débiteur à la question posée par l'*adstipulator* était distincte de celle qu'il adressait à l'interrogation du créancier principal, nous en concluons que le second contrat pouvait être conclu et que cette seconde interrogation et cette seconde réponse pouvaient être faites dans un autre endroit que celui qui avait été choisi par les premiers contractants. Ainsi l'*adstipulatio*

(1) L. 1 ; L. 8, §§ 5 et 6 De fid.

(2) Gaius III, § 119.

(3) L 8 § 2 précitée.

(4) L 8 § 12 ; L 7 § 4.

pouvait être passée à Rome quand le contrat principal avait été passé à Ephèse. Nous en concluons encore que l'*adstipulatio* pouvait être faite longtemps après le premier contrat et même que l'*adstipulator* pouvait stipuler du débiteur ce qu'il allait promettre au véritable créancier, c'est-à-dire que l'*adstipulatio* pouvait précéder le contrat principal. (1)



(1) L 49 § 2 De fid.

Nous supposerons désormais, néanmoins, que l'*adstipulatio* a suivi le contrat principal et que ce dernier contrat est un contrat *verbis*. Nos explications seront ainsi simplifiées.

CHAPITRE II.

Utilité de l'Adstipulatio.

L'adstipulatio était donc un nouveau contrat par lequel l'une des parties s'engageait envers l'autre à lui payer ou lui remettre ce qu'elle avait déjà promis à un premier stipulant. Quelle était l'utilité de ce second contrat, de cette créance nouvelle, de cette seconde obligation ? Pourquoi le débiteur s'engageait-il de nouveau et envers un tiers ? Telle est la première question qui se pose naturellement à l'esprit de celui qui étudie notre contrat.

Il est incontestable que *l'adstipulatio*, était très utile ; les avantages qu'elle présentait étaient nombreux et les services que ce second créancier était appelé à rendre au premier étaient importants.

Ce principe de notre législation française qui reconnaît au créancier envers lequel le débiteur, pendant sa vie, ne s'est pas complètement libéré, le droit, à la mort de ce dernier, de s'adresser à ses héritiers, d'exiger d'eux le paiement de la dette et de s'emparer même de tous leurs biens, a été longtemps inconnu des Romains. A Rome, à une époque très reculée, il est vrai, l'obligation était considérée comme un lien exclusivement personnel ; la créance s'éteignait en

même temps que la vie du créancier et la dette ne survivait pas au débiteur.

Ce principe (1) étroit et rigoureux de l'intransmissibilité des créances et des dettes ne pouvait subsister longtemps dans une sage législation. Admissible dans les sociétés antiques où les contrats à la formation desquels préside une confiance réciproque entre les parties étaient peu nombreux et peu fréquents, il devait être atténué dans ses conséquences quand ces contrats se multiplièrent. Il était injuste, en effet, que les héritiers pussent se soustraire aux poursuites des créanciers du défunt et conserver intégralement son patrimoine; il était également choquant qu'ils demeurassent privés d'un facteur important de la fortune du de cujus; aussi les Romains ne tardèrent pas à éprouver les inconvénients de leur système et à imaginer des correctifs qui peu à peu entraînèrent sa disparition. Ainsi, dans l'intérêt des héritiers, ils admirent d'abord que les droits du défunt leur seraient transmis quand ces droits auraient été déduits en justice avant la mort de leur auteur. *Omnes actiones quæ morte pereunt, semel incluse judicio, salvæ permanent.* Ensuite, pour prolonger davantage l'existence de l'obligation, ils autorisèrent le débiteur à promettre successivement à plusieurs personnes le même objet, idem; mais le paiement fait à l'un le libérait envers tous. Quand le

(1) M. Cuq. Institutions juridiques des Romains, p. 694.

M. Esmein: Etude sur les débiteurs privés de sépulture (Mélanges d'histoire du droit); Nouvelle Revue Historique, année 1887.

principal intéressé avait, par exemple, demandé *centum*, un second stipulant posait la même question au débiteur ; il stipulait *idem* et le débiteur s'engageait envers lui comme il s'était engagé envers le premier, principal intéressé. Le second stipulant était appelé *adstipulator*. Il était créancier, il en avait et pouvait en exercer tous les droits ; il pouvait poursuivre le débiteur et exiger de lui l'accomplissement de sa promesse et l'exécution de ses engagements. Il devait ensuite rendre compte aux héritiers du *de cujus* des valeurs qu'il avait reçues et de la créance qui lui avait été payée. « *L'adstipulator*, s'il survivait et restait seul créancier, devait, dit M. Esmein, régler ses comptes avec les héritiers du créancier défunt, bien que, pendant longtemps peut-être, il n'y fut tenu qu'au nom de l'honneur et non au nom de la loi. » Ceux-ci pouvaient donc, grâce à ce procédé ingénieux, bénéficier de créances dont ils ne pouvaient eux-mêmes exiger le paiement. C'est en augmentant ainsi la durée de l'obligation contractée par le débiteur et en conférant à un tiers le droit de le poursuivre avec charge de rendre compte de son mandat au créancier ou à ses héritiers que *l'adstipulatio* remédia aux inconvénients de l'intransmissibilité.

Ce principe de l'intransmissibilité n'était pas, dans la législation romaine, le seul qui fût fécond en conséquences funestes. Celui qui interdisait la représentation ne l'était pas moins que celui dont nous venons de parler.

Longtemps, en effet, la représentation *per extraneam personam*, si fréquente aujourd'hui, fut prohibée à

Rome. Pour donner naissance à une obligation comme pour l'éteindre, pour acquérir comme pour transmettre un droit, les parties devaient être personnellement présentes; un acte juridique ne pouvait être réputé l'œuvre de personnes qui n'y avaient point pris part ni, par conséquent, produire des effets à leur égard. Le droit et l'action qui résultaient de la stipulation, par exemple, appartenaient exclusivement à celui qui avait prononcé les paroles consacrées; lui seul était connu du débiteur et lui seul aussi pouvait le poursuivre.

Ce système, à l'origine, ne présentait pas d'inconvénients sérieux. Les premiers habitants de Rome ne s'adonnaient, en effet, qu'au métier des armes et à la culture des champs. Les cultivateurs formaient l'élément principal de la population et, à côté d'eux, se trouvait la classe des ouvriers qui travaillaient le bois, l'or ou le cuivre. Ouvriers et cultivateurs se rencontraient à Rome les jours de marché pour échanger leurs produits. Les uns donnaient de l'huile, du bois, du vin, des bestiaux pour recevoir les objets qu'ils ne pouvaient fabriquer eux-mêmes : les faux, les pieux, les socs de charrue, les hâches; et, le plus souvent, le producteur transmettait lui-même directement ces objets au consommateur. Les rapports sociaux étaient nécessairement restreints; les relations commerciales avec les cités étrangères étaient également fort limitées. Les Romains se procuraient les quelques produits exotiques dont ils avaient besoin, dans les marchés internationaux et; en

échange, ils donnaient du bétail ou l'excédant de leurs récoltes.

Les transactions étaient donc rares et, dans leurs opérations quotidiennes et leurs faciles négociations, les enfants et les esclaves pouvaient remplacer le *pater familias* ; mais dès que la population s'accrût, les opérations juridiques se multiplièrent et les contrats devinrent plus nombreux et plus variés. Les Romains éprouvèrent alors le besoin de recourir à des mandataires ; toutefois le principe de la représentation demeura inconnu. Le mandataire contractait en son nom personnel ; c'était lui qui devenait créancier ; nombreux même étaient les actes qu'il ne pouvait accomplir. Il ne pouvait, par exemple, aliéner un droit réel par les modes civils solennels tels que la *mancipatio* et l'*in jure cessio* ; il ne pouvait ester en justice à la place du mandant et le créancier devait se présenter lui-même devant le magistrat s'il voulait obtenir de celui-ci une condamnation contre son débiteur. Nul ne pouvait plaider au nom d'autrui, *nemo alieno nomine lege agere potest*.

Celui qui, sous les actions de la loi, était en justice devait, en effet, observer des formes rigoureuses, se servir d'expressions solennelles, et agir selon un rite déterminé ; il devait employer une formule spéciale qui variait selon l'obligation dont il réclamait l'exécution ; c'était son droit qu'il affirmait ; c'était sa chose qu'il revendiquait ; un droit ou une chose qui n'appartenait qu'à lui et les termes employés faisaient ressortir

nettement ce caractère de personnalité. La moindre violation de ces règles minutieuses et de ce formalisme exagéré entraînait la nullité de l'instance et souvent la déchéance du droit.

La procédure exigeait donc la présence de l'intéressé et interdisait toute représentation ; mais les inconvénients qui résultaient de cette prohibition étaient graves et nombreux. Supposons, en effet, que le débiteur fût à la veille de devenir insolvable et qu'un voyage, une absence, une maladie, un obstacle quelconque empêchât le titulaire d'un droit ou d'une créance de se présenter devant le magistrat pour obtenir condamnation : il ne pouvait éviter le préjudice qui le menaçait, puisqu'il ne pouvait confier à un tiers la mission d'exiger la reconnaissance de ce droit ou le paiement de cette créance : *Nemo alieno nomine lege agere potest*.

L'*adstipulator*, au contraire, pouvait ester en justice parce que lui aussi était créancier. Il pouvait, par conséquent, se présenter devant le magistrat, agir en temps utile, exiger le paiement de la créance, émettre les prétentions qu'avait le droit d'émettre le créancier principal et exiger une condamnation ; il devait ensuite rendre compte à celui dont il avait sauvegardé les droits, des sommes qu'il avait touchées. Si donc le créancier, quand il avait contracté, avait été assez prudent pour s'adjoindre un tiers et lui confier la mission de stipuler de son débiteur ce que celui-ci lui avait déjà promis, il était prémuni contre les dangers que nous venons de signaler et pouvait éviter les inconvénients qu'entraînait ce principe rigoureux.

L'adstipulatio présentait encore d'autres avantages. Le principe de l'intransmissibilité des créances et des dettes avait laissé dans la législation romaine des traces profondes, des vestiges que l'on retrouve encore à l'époque classique et qui donnèrent à notre contrat une importance nouvelle. La règle qui interdisait à toute personne de stipuler en fixant à son décès l'époque à laquelle la dette de son débiteur deviendrait exigible était un de ces vestiges. La règle qui interdisait la stipulation au profit des héritiers en était un autre en même temps qu'une application du principe qui prohibait toute stipulation pour autrui : *alteri nemo stipulari potest*. (1)

Sous quelque forme qu'elle fût faite, soit que le créancier se fit promettre pour après sa mort, *post mortem*, soit que, dans l'interrogation qu'il adressait au débiteur, il désignât expressément ses héritiers comme les titulaires de sa créance, la stipulation dont l'objet ne pouvait être exigé que par les héritiers du stipulant était toujours nulle.

La stipulation *pridie quam moriar* (2) entraînait la même conséquence ; car la veille du jour de la mort du stipulant ne pouvait être connu que le jour même de son décès. Sans nommer ses héritiers, celui-ci avait, néanmoins, manifesté sa volonté de leur attri-

(1) Gaius III. § 100.

(2) Inst. L. 3, T. 49, § 13. — Gaius III. § 100.

buer à eux seuls le bénéfice de l'obligation que le débiteur avait contractée envers lui. L'action née du contrat ne pouvait, en effet, être exercée que par eux et eux seuls pouvaient exiger le paiement de la créance.

La législation romaine n'admettait qu'une seule exception à ces principes : elle autorisait la stipulation « *quum moriar* » parce que, dit Gaius, « le moment de la mort fait partie de la vie » (1). La logique aurait exigé, au contraire, la nullité de cette dernière stipulation ; car le moment de la mort d'une personne, comme la veille du jour de sa mort, ne peut être connu qu'après la mort même et les héritiers seuls pouvaient, dans ce cas comme dans les cas précédents, bénéficier du contrat et en réclamer l'exécution.

La nullité de ces stipulations *pridiè quam moriar* ou *post mortem* était le résultat d'une confusion qu'avaient faite les Romains entre la naissance d'un droit et son exigibilité. Qu'un droit ne puisse naître en la personne des héritiers du stipulant, nul ne le conteste ; mais que, une fois né sur la tête de celui-ci, il ne puisse rester inexigible jusqu'à sa mort, c'est une décision juridiquement inadmissible ; aussi Justinien, comprenant que ces stipulations n'avaient pour but que de retarder l'exigibilité et non la naissance de l'obligation, les valida-t-il sans distinction. Il n'était pourtant pas impossible, avant qu'il ne formulât cette décision, de rendre ces stipulations efficaces. Le créancier, qui voulait fixer à son décès l'époque à

(1) Gaius II, § 532 — III § 400. — Inst. L. 3 ; T. 49 ; § 47.

laquelle la dette du débiteur serait exigible, pouvait facilement atteindre le but auquel il tendait. S'il s'adjoignait un tiers et s'il lui donnait l'ordre de stipuler de son débiteur ce que celui-ci lui avait promis, ce tiers, *l'adstipulator*, intervenait utilement ; il acquérait, en accomplissant la mission qui lui avait été confiée, l'action refusée au créancier principal et à ses héritiers ; il pouvait, lui, poursuivre le débiteur (1) et lui réclamer le paiement de la dette après la mort de son mandant (2). Le droit civil permettait, en effet, de stipuler *post mortem alterius*, c'est-à-dire de retarder l'exigibilité de la créance jusqu'au décès d'un tiers ; or la stipulation faite par *l'adstipulator* engendrait une créance dont le paiement ne pouvait être réclamé qu'à la mort d'un tiers : le créancier principal. D'ailleurs la stipulation *post mortem creditoris*, nulle, il est vrai, selon le droit civil, donnait, néanmoins, naissance à une obligation naturelle et l'obligation naturelle pouvait servir de base à *l'adstipulatio*. C'est encore une preuve de l'utilité de ce contrat que nous avons à signaler.

Toutes les fois que l'obligation contractée par le débiteur n'était pas sanctionnée *jure civili* mais avait engendré une obligation naturelle le créancier avait intérêt à donner à *l'adstipulator* le mandat de stipuler de son débiteur ce qu'il avait déjà stipulé lui-même. En effet, si la nullité qui affectait la stipulation principale ne viciait point celle qui avait été faite

(1) Gaius III, § 111.

(2) Gaius III, § 117.

par l'*adstipulator*, l'obligation naturelle était vivifiée. Le créancier principal, dépourvu d'action, ne pouvait, il est vrai, poursuivre lui-même son débiteur ; mais l'*adstipulator* envers qui ce débiteur s'était valablement engagé, le pouvait ; et le créancier principal bénéficiait des résultats de l'action intentée par l'*adstipulator* puisque celui-ci devait lui en rendre compte. Ainsi si un pérégrin avait stipulé dans la forme *Spondesne ? Spondeo*, ou si les deux parties contractantes avaient ajouté par un pacte postérieur à l'obligation primitive, de même que si un créancier ne s'était engagé à ne réclamer le paiement de sa créance que la veille de sa mort « *pridie quam moriar* » le contrat était nul et le débiteur était à l'abri de toutes poursuites.

Si, au contraire, un *adstipulator* avait stipulé en employant la formule précitée quand il jouissait comme le débiteur du droit de cité, ou toute autre formule quand ils n'en jouissaient pas tous deux ; si, quand le créancier avait conclu avec son débiteur un pacte additionnel, l'*adstipulator* avait stipulé et réclamé *idem* en y ajoutant les modifications apportées ; de même que si le débiteur s'était engagé à lui payer ce qu'il devait remettre au créancier principal la veille de la mort de ce dernier, le débiteur qui, avant l'intervention de l'*adstipulator*, ne pouvait être poursuivi efficacement, n'avait aucun moyen de défense à opposer à l'action intentée par l'*adstipulator* (1). L'engagement qu'il avait contracté envers

(1) Gaius III, § 111.

celui-ci était, en effet, valable *jure civili* et sanctionné par une action. L'intervention de l'*adstipulator* était donc encore utile quand le contrat principal n'avait engendré qu'une obligation naturelle. Nous étions donc fondés à dire que l'utilité de l'*adstipulatio* était grande et que les services que l'*adstipulator* était appelé à rendre étaient importants.

CHAPITRE III.

Objet de l'Adstipulatio.

Pour que l'*adstipulator* pût rendre au créancier principal les services que ce dernier attendait de lui et qu'il pût accomplir la mission qui lui avait été confiée il fallait qu'il stipulât du débiteur l'objet même que celui-ci avait promis au premier stipulant. L'objet de l'*adstipulatio* devait être le même que celui du contrat principal ; le débiteur devait promettre idem à ses deux créanciers (1). Si l'*adstipulator* avait demandé du blé alors que le créancier principal avait stipulé de l'argent, l'*adstipulatio* était nulle (2) ; mais, au contraire, l'*adstipulator* pouvait stipuler de l'argent quand le créancier principal avait demandé du blé. La loi 42 De fid. décidait, en effet, que le fidejusseur qui avait promis de l'argent alors que le débiteur s'était engagé à fournir du blé était lié, « car l'argent ne s'estime pas en marchandises, mais les marchandises s'estiment en argent ». Nous croyons pouvoir appliquer cette règle à l'*adstipulatio*, les motifs de décider étant les mêmes.

(1) Gaius III, § 112.

(2) L 42. De fid. Livre III. Titre 20.

De ce principe que le contrat principal et l'*adstipulatio* devaient avoir nécessairement le même objet, *idem*, il résultait encore que l'*adstipulator* ne pouvait stipuler du débiteur plus que le créancier principal (1). La promesse que le débiteur faisait à celui-là ne pouvait être plus onéreuse que celle qu'il avait faite à celui-ci. *Nec plus in accessione potest esse quam in principali* (2). L'on pouvait, violer cette règle de quatre manières.

L'*adstipulator* stipulait plus quand, par exemple, le créancier principal avait accordé un terme au débiteur et que l'*adstipulator* stipulait *pure* (3) : c'était l'*adstipulatio in duriolem causam tempore*. Il stipulait plus quand il fixait le lieu où le paiement devait être effectué, alors que le créancier principal en avait laissé le choix au débiteur : l'*adstipulatio* était alors *in duriolem causam loco*. Si l'*adstipulator* stipulait vingt alors que le créancier principal n'avait demandé que dix, il stipulait *in duriolem causam re*. Enfin, si le créancier principal avait permis au débiteur de se libérer en lui livrant tel ou tel objet que ce débiteur pouvait choisir et si l'*adstipulator*, dans son interrogation, déterminait cet objet, il stipulait *in duriolem causam modo*.

L'*adstipulatio in duriolem causam* était-elle nulle pour le tout ou seulement réductible au montant de la stipulation principale ? Les textes sont encore

(1) Gaius III, § 113.

(2) id.

(3) id.

muets sur cette question qui se posait aussi à propos de la fidejussion. D'après les textes (1), la *fidejussio* était entièrement nulle ; mais cette décision a soulevé et soulève encore de nombreuses et d'ardentes discussions.

En effet, la loi 11 § 1 et la loi 12 De pec. constit. XIII. 5. déclare formuler une règle générale applicable à tous ceux qui s'obligent pour autrui et l'on conclut en disant : « Ce qui est vrai du constitut ne saurait être faux de la fidejussion et, quand le § 7 de la loi 8 dit que le fidejusseur ne s'oblige pas du tout « *omnino non obligari* », il faut lire « *non omnino obligari* » : qu'il ne s'oblige pas au tout. »

A ce premier argument M. Accarias (2) répond qu'il ne suffit pas de corriger arbitrairement un texte pour en infirmer l'autorité. « Ulpien, dit-il, se réfère uniquement aux diverses espèces d'adpromissores et, s'il fallait ramener à des règles uniformes toutes les obligations contractées pour autrui, mieux vaudrait encore négliger deux textes relatifs au constitut qu'en rectifier de nombreux qui ont trait à la fidejussion. » Cette uniformité elle-même serait, d'après le savant romaniste, tout à fait invraisemblable. « Puisque le prêteur a voulu, dit-il, introduire sous le nom de constitut une nouvelle espèce de cautionnement, basée surtout sur l'équité, c'est que la forme ancienne ne le satisfaisait pas..... c'est que la formule de la promesse accessoire devait être calquée sur celle de la promesse principale. »

(1) L. 10 § 1. De fid. XLVI, 1. — Inst. L. III T. 20 § 5.

(2) Accarias, T. II. n° 563, passim.

D'autre part, la loi 33 Mand, L. XVII. T 1 déclare, il est vrai, que le fidejusseur qui, sur l'ordre du débiteur de promettre dix, promettait davantage et accomplissait intégralement sa promesse, ne pouvait réclamer que dix à ce débiteur ; mais cette loi ne nous semble pas autoriser à conclure que la *fidejussio in durio rem causam* fût réductible. Le fidejusseur, en effet, avait, dans ce cas, garanti la dette entière, alors qu'il ne devait assurer que le paiement d'une partie ; il était juste que par l'action Mandati il ne pût réclamer que la somme fixée par le débiteur. Pour le surplus, il n'avait été qu'un simple gérant d'affaires.

Il pouvait arriver néanmoins que l'engagement pris par le débiteur envers l'*adstipulator* fût plus rigoureux que celui qu'il avait contracté envers le créancier principal. Nous avons dit, en effet, que la stipulation faite par ce dernier pouvait n'avoir engendré qu'une obligation naturelle tandis que celle qui avait été faite par l'*adstipulator* pouvait avoir donné naissance à une obligation civile. L'*adstipulatio* était valable dans ce cas ; car les expressions : *in durio rem causam* ne se rapportaient nullement à la sanction du droit. (1)

L'*adstipulator* qui ne pouvait stipuler plus que le créancier principal pouvait stipuler moins (2) ; celui-ci n'avait peut-être voulu, en effet, assurer le paiement de sa créance que pour partie, dans de certaines

(1) Gaius. III. § 119. — L. 8 ; § 2 ; De fid. XLVI, 1.

(2) Gaius. III. § 113.

limites, sous certaines conditions. Dans ce cas, cette restriction devait ressortir nettement des termes de la formule dont *l'adstipulator* faisait usage. *L'adstipulator* pouvait, par exemple, stipuler dix quand le créancier principal avait stipulé vingt. (1)

Il était parfois difficile de distinguer si *l'adstipulator* avait stipulé *aliud* ou *minus* et, pourtant, la solution de cette question présentait un grand intérêt puisque, si l'objet de *l'adstipulatio* était autre que celui du contrat principal, *l'adstipulatio* était nulle. La loi, dans certains cas, avait tranché la question. Ainsi les textes rapportent que si le débiteur s'était obligé envers le créancier principal à lui donner un fonds de terre et n'avait promis à *l'adstipulator* que l'usufruit de ce fonds, il avait promis à ce dernier *minus* et non *aliud*. (2)

(1) L. 10. § 2, De fid, XLVI, 1.

(2) Le mot idem n'a rien de sacramentel: l'on était même forcé de le remplacer par une indication plus détaillée de l'objet quand la promesse faite par le débiteur à *l'adstipulator* précédait la stipulation faite par le créancier principal ou ne la suivait qu'à un certain intervalle (L. 55, De fid.)

CHAPITRE IV.

Qui peut-être Adstipulator ?

Le créancier pouvait choisir la personne à qui il confiait la mission de stipuler de son débiteur ce que celui-ci lui avait promis ; mais son choix était limité. L'*adstipulatio* était, en effet, un contrat verbal, une stipulation ; pour être *adstipulator*, il fallait donc jouir de la capacité requise pour stipuler. Quiconque était capable de stipuler était, en principe, capable d'être *adstipulator* ; quiconque était incapable de stipuler était incapable d'être *adstipulator*.

L'incapacité était naturelle ou civile. Une personne était naturellement incapable de stipuler, comme de conclure tout autre contrat, quand elle ne pouvait consentir. Le *furiosus*, l'*infans*, chez qui la volonté faisait totalement défaut, étaient naturellement incapables ; ils ne pouvaient donc être *adstipulatores* (1). Le muet, le sourd, l'absent, étaient, en principe, capables de consentir ; mais il leur était impossible de stipuler ; car ils ne pouvaient, l'un prononcer les paroles déterminées, l'autre les entendre, le troisième

(1) L. 4 § 12 et 13 De obligat. et act. XLIV. 5.
Inst. § 8 et 10 De inut stip.

contracter verbalement avec l'autre partie. Un obstacle physique, matériel, les empêchait d'accomplir les formalités exigées par la loi. Ils ne pouvaient donc être *adstipulatores*.

Une personne était civilement incapable quand elle n'avait pas l'aptitude légale requise pour contracter. Les impubères, les mineurs de vingt-cinq ans munis d'un curateur n'avaient point une capacité pleine et entière : ils pouvaient rendre leur condition meilleure, mais ils ne pouvaient la rendre pire. Or l'*adstipulatio* ne rendait pas leur condition pire puisque, au contraire, par ce contrat, ils acquerraient une créance ; aussi pouvaient-ils être *adstipulatores*.

Le fils de famille, la femme *in manu*, personnes *alieni juris* (1), qui n'avaient point de patrimoine ou, plutôt, qui n'en avaient pas d'autre que celui du *paterfamilias*, pouvaient contracter pour obliger les autres envers ce dernier, mais ne pouvaient obliger celui-ci envers autrui. Ils pouvaient donc être *adstipulatores* puisque l'*adstipulatio* engendrait une créance ; mais, chose remarquable, cette créance leur appartenait personnellement, à l'exclusion du *pater*. Celui-ci demeurait étranger au contrat ; il n'acquerrait point le droit de poursuivre le débiteur et de lui réclamer la chose stipulée par son fils ou la femme *in manu* ; toutefois, ces derniers ne pouvaient poursuivre le débiteur que quand ils étaient devenus *sui*

(1) Inst. L. III. T. 48 Per quas pers. nob. obl.

juris et s'ils l'étaient devenus sans avoir subi de *capitis deminutio*, par la mort du chef de famille par exemple. (1)

La première incapacité civile que nous devons signaler tenait à l'extranéité. L'*adstipulatio* était un contrat du *jus civile*, comme la *stipulatio* ; elle était donc, à l'origine, interdite aux pérégrins. Quand cette prohibition fut levée, la formule *Spondesne? Spondeo* demeura seule réservée aux citoyens romains (2).

L'homme libre *in mancipio* ne pouvait s'obliger civilement, « *nam et is in loco servi est* » ; il pouvait, au contraire, stipuler ; mais, celui sous la puissance de qui il se trouvait bénéficiait seul de ses stipulations ; la capacité qu'il avait ne lui appartenait pas personnellement ; il ne la possédait que par emprunt (3). Il ne pouvait donc être *adstipulator* ; car l'*adstipulatio* qu'il eût faite eût été inutile. Elle ne pouvait profiter, en effet, à son maître qui n'avait point été choisi par le créancier principal ; Gaius, d'ailleurs, l'affirme en termes formels. Le *mancipium* est la seconde cause d'incapacité que nous ayons à indiquer.

Les esclaves formaient la troisième catégorie d'incapables. La loi considérait, en effet, l'esclave non comme une personne mais comme une chose, une *res Mancipi* ; aussi ne pouvait-il contracter. Il ne pouvait être ni créancier, ni débiteur ; il ne pouvait

(1) Gaius III. § 114.

(2) Gaius III. § 93, 94.

(3) Gaius III. § 114

stipuler, il ne pouvait promettre. Quel que fût le sort de l'esclave, qu'il n'eût point de maître, qu'il fût abandonné, ou qu'il se trouvât *sub potestate domini* (1), son incapacité était générale. Mais ce principe était, en fait, neutralisé par un principe inverse. Le droit de stipuler qu'il ne possédait pas par lui-même et la capacité qui lui faisait défaut, l'esclave les empruntait à son maître ; il revêtait, pour ainsi dire, la capacité juridique de celui-ci ; mais il ne la revêtait que pour devenir créancier. En un mot, l'esclave jouait pour son maître le rôle d'instrument d'acquisition : *Servus ex personâ domini jûs stipulandi habet* (2).

Ce principe était fécond en conséquences pratiques. Les stipulations faites par l'esclave d'un incapable, d'un absent, d'un fou, d'un muet ou d'un sourd étaient valables et le maître acquérait la créance (3). Celui-ci pouvait donc donner à son esclave l'ordre de se porter *adstipulator* ; mais lui-même devait avoir reçu d'un créancier principal la mission de stipuler *idem* du débiteur. Si ce mandat ne lui avait pas été donné, l'*adstipulatio* faite par son esclave était nulle. Le maître, en effet, n'en profitait point et l'esclave, comme l'homme libre *in mancipio*, ne pouvait stipuler pour lui-même.

(1) L. 36 De stip servi XLV, 3. — Gaius III. § 114.

(2) Int. L III. T 17. pr.

(3) L 1 De verb obli XLV. 1.

CHAPITRE V.

Des rapports qui existaient entre le Créancier principal et l'Adstipulator et entre l'Adstipulator et le Débiteur

OU

des Droits et des Devoirs de l'Adstipulator.

L'intervention de l'*adstipulator* aurait été inutile si elle n'eût engendré pour lui certaines obligations. Il fallait, en effet, dans l'intérêt du créancier qui lui donnait mandat de stipuler *idem* de son débiteur, que l'*adstipulator* fût tenu de poursuivre ce dernier, de lui réclamer le paiement de sa dette, de faire reconnaître, valoir et respecter les droits de son mandant. Tels étaient, les devoirs de l'*adstipulator*. Il ne devait même pas attendre que le créancier principal lui intimât l'ordre de contraindre le débiteur à exécuter son obligation; il pouvait et même devait, *proprio motu*, prendre l'initiative des poursuites. D'ailleurs, les cas où le créancier principal n'aurait pu donner cet ordre étaient nombreux. Ainsi, par exemple, s'il n'avait reçu la mission de stipuler *idem* que parceque les créances étaient intransmissibles; ou bien parceque l'objet de la stipulation

qu'avait faite le créancier principal ne pouvait être exigé qu'à sa mort : « *quum morietur* ou *post mortem* », il est évident que, dans ces divers cas, l'*adstipulator* devait de lui-même réclamer au débiteur ce que celui-ci devait au premier stipulant.

Pour avoir une notion exacte de l'*adstipulatio* et comprendre son utilité nous devons donc étudier maintenant les effets qu'elle produisait, c'est-à-dire les obligations et les devoirs qu'elle engendrait pour l'*adstipulator* ainsi que les droits dont elle l'investissait. Nous aurons résumé les uns et les autres en disant que l'*adstipulator* était à la fois un créancier et un mandataire. En d'autres termes, il pouvait exercer contre le débiteur qui lui avait promis *idem* tous les droits d'un créancier ; mais il devait rendre compte au stipulant principal de la mission que celui-ci lui avait confiée.

§ I. — Des rapports qui existaient
entre l'*adstipulator* et le créancier principal
ou des obligations de l'*adstipulator*.

L'*adstipulator* était le mandataire du stipulant principal ; il en avait reçu un mandat qu'il devait exécuter fidèlement. Le créancier principal lui avait conféré, tout en le conservant lui-même, le droit de poursuivre son débiteur et d'exiger de ce dernier l'exécution de son obligation (1). L'*adstipulator* s'était obligé

(1) Gaius III, § 441.

ab initio à toucher le montant de la créance et il en était responsable (1), *originem ab officio trahit* ; il devait même payer de ses propres deniers la créance que par négligence il n'avait pas recouvrée. « Si son honneur et sa foi, comme dit M. Esmein, furent seuls primitivement engagés, son patrimoine ne demeura pas longtemps à l'abri des poursuites du mandant. » Et, pourtant, il ne devait retirer aucun bénéfice de la stipulation qu'il avait faite. C'était un service purement gratuit qu'il rendait au créancier principal ; il ne devait en recevoir aucun salaire ; il n'en recevait peut-être même pas un don rémunératoire. Il n'importe ; en acceptant la mission que lui avait confiée le créancier principal, il s'était obligé, comme l'*adjectus solutionis gratia*, selon les règles du mandat. (2)

Quand le débiteur s'était libéré, l'*adstipulator* ne pouvait retenir les sommes qu'il avait reçues ; il devait les remettre intégralement au créancier principal ou à ses héritiers. Il en devait même les intérêts s'il avait été mis en demeure de remettre le capital ou s'il en avait fait usage à son profit.

Comme tout mandataire, il devait agir en bon père de famille. Longtemps, il est vrai, le mandataire ne fut, selon Paul, Ulpien et Modestin (3), responsable que de son dol et de sa faute lourde puisqu'il n'était pas intéressé au contrat ; mais, déjà, à l'époque où

(1) L. 154, De Mand. XVII, 1.

(2) Accarias t. 2, p. 136.

(3) L. 8, § 10, — 10 p. — 29 pr. et § 3. Mand. — L. 5, § 4. De prescrip. verb. XIX, 5.

écrivaint ces juriconsultes, la confiance que lui avait témoignée le mandant l'astreignait aux soins les plus assidus et à une parfaite diligence. Ainsi, s'il avait fait remise de la dette, il pouvait en être tenu lui-même ; si le débiteur était devenu insolvable et qu'il avait été négligent, il devait la payer lui-même ; s'il avait fait *acceptilatio* sans motifs légitimes, il était soumis à l'application de la loi Aquilia.

L'action de la loi Aquilia et l'action *mandati directa* sanctionnaient, en effet, ces obligations rigoureuses. La première de ces deux actions qui ne fut, il est vrai, que tardivement donnée au créancier, puisqu'elle ne date que ed l'an de Rome 401 (1), punissait la simple faute. Il n'était pas nécessaire, pour que le second chef fût applicable, que l'*acceptilatio* fût consentie gratuitement ; il suffisait qu'elle le fût moyennant une valeur inférieure au montant de la créance stipulée, bien que l'*adstipulator* n'ait pas eu l'intention de nuire à son mandant. Le premier et le troisième chapitres de la loi Aquilia punissaient la simple faute et le dol n'était pas une condition fondamentale et essentielle du délit ; nous croyons que le deuxième chapitre n'était pas moins sévère.

L'action de la loi Aquilia permettait au créancier d'obtenir la réparation intégrale du préjudice que lui avait causé l'*adstipulator*. De plus, elle était de celles qui, en cas d'*infiliatio*, entraînaient une condamnation

(1) Gaius III, § 215.

in duplum (1). Elle était donc préférable à l'action *mandati* puisque, si l'*adstipulator* niait le délit et si le créancier principal l'établissait, elle pouvait entraîner une condamnation au double du montant de la créance remise sans motifs légitimes. L'*adstipulator* poursuivi avait, par conséquent, intérêt à reconnaître immédiatement qu'il était en faute; il n'était alors condamné qu'à réparer le préjudice causé et n'encourait point cette condamnation sévère *in duplum*.

L'on conçoit facilement que l'*adstipulator* fût soumis à des obligations rigoureuses. On l'a comparé à un acquéreur fiduciaire et la comparaison est exacte. L'acquéreur fiduciaire paraissait, en effet, pouvoir exercer sur la chose cédée un droit de propriété absolu; mais il était responsable envers l'aliénateur des charges dont il la grevait. De même l'*adstipulator* qui, après que le débiteur s'était engagé envers lui, semblait être devenu un véritable créancier et pouvait, comme nous le dirons, en exercer tous les droits, était responsable envers celui qui avait eu confiance en sa loyauté et sa bonne foi, de l'usage qu'il avait fait de la créance acquise.

Si l'*adstipulator*, comme mandataire, était soumis à des obligations rigoureuses et si, à l'origine, il se trouvait seul obligé, le mandat qu'il avait exécuté ne devait entraîner pour lui aucun préjudice et le stipulant principal pouvait, à son tour,

(1) Inst. 57 De obligat. quas ex contractu III. 27.

(2) Gaius III, §§ 215 et 216.

se trouver tenu envers son mandataire. Il devait l'indemniser de toutes les dépenses que celui-ci avait faites pour l'exécution du mandat ; car il était juste que l'*adstipulator* qui rendait un service purement gratuit au créancier principal fût au moins rendu indemne. Si, par exemple, l'*adstipulator*, selon le mandat qu'il avait reçu, avait exigé que le paiement de la créance fût effectué à Ephèse, le créancier principal devait rembourser à cet *adstipulator* les dépenses occasionnées par son déplacement.

En résumé, c'étaient les règles générales du mandat qui régissaient les rapports du créancier principal et de l'*adstipulator* ; mais l'*adstipulator* n'était pas, toutefois, un mandataire ordinaire. Le mandant pouvait, en général, enlever à son mandataire les pouvoirs qu'il lui avait conférés. Le créancier principal ne pouvait, au contraire, révoquer le mandat qu'il avait donné à l'*adstipulator*. Le débiteur, qui s'était engagé envers lui comme envers le premier stipulant avait désormais un droit acquis à se libérer entre les mains de ce mandataire (1) et ce paiement éteignait la créance du créancier principal. L'*adstipulator* avait, en effet, les mêmes droits que son mandant. Nous allons l'établir en étudiant les rapports de l'*adstipulator* avec le débiteur.

(1) L. 408. De sol. XLVI. 3.

§ II. — Rapports de l'Adstipulator avec le Débiteur
ou des Droits de l'Adstipulator.

Par la question qu'il avait faite et la promesse qu'il avait exigée du débiteur, l'*adstipulator*, comme son mandant, était devenu créancier de la chose, objet du contrat principal ; comme ce dernier, il y avait droit et pouvait recevoir un paiement valable. D'autre part, le débiteur, qui s'était engagé au même titre envers les deux stipulants, ne pouvait et ne devait la remettre qu'une fois ; le paiement fait à l'un le libérait envers l'autre. Si donc il payait le montant de sa dette entre les mains de l'*adstipulator*, le créancier principal ne pouvait, désormais, exercer aucunes poursuites contre lui. S'il payait entre les mains de ce dernier, la créance de l'*adstipulator* était également éteinte.

Le rôle de l'*adstipulator* ne se bornait pas à accepter du débiteur le paiement de la dette. Cette mission restreinte était, nous l'avons dit, celle de l'*adjectus solutionis gratiâ* (1). L'*adstipulator* avait des pouvoirs plus étendus. Véritable créancier, il était maître de sa créance. Il pouvait poursuivre le débiteur qui refusait d'exécuter l'obligation qu'il avait contractée et le traduire en justice. Il pouvait aussi modifier cette créance, la nover, accorder un terme au débiteur, accepter une *datio in solutum*. Il pouvait encore éteindre la dette, faire *acceptilatio*, conclure

(1) L. 10 De sol. XLVI. 3.

un pacte de *non petendo*. En un mot, tous les actes que pouvait faire un créancier pouvaient être faits par l'*adstipulator* et ils étaient opposables à son mandant. Celui-ci pouvait, s'il avait été lésé dans ses droits, exercer un recours contre l'*adstipulator* ; mais il ne pouvait empêcher l'*adstipulator* d'agir comme s'il était seul maître de la créance ; ou plutôt, s'il voulait que le débiteur se libérât entre ses mains, il devait le poursuivre lui-même dès que la dette était échue. La *litis contestatio* éteignait, en effet, le droit porté en justice et le remplaçait par un autre ; elle déterminait aussi les personnes qui figureraient au procès et les plaideurs ne pouvaient se substituer un tiers. Le débiteur poursuivi par le créancier principal ne pouvait plus dès lors échapper à la condamnation que par un paiement fait à ce dernier. (1)

Quand le créancier principal ou l'*adstipulator* poursuivait ainsi en justice le débiteur, il pouvait user de l'action *ex stipulatu* ou *condictio incerti* ou de la *condictio certi*. C'était cette dernière qu'il devait employer quand l'objet de la stipulation était certain et déterminé, c'est-à-dire quand il connaissait exactement la quantité, la qualité et la valeur de la chose promise ; c'était, au contraire, l'action *ex stipulatu* ou la *condictio incerti* dont il devait se servir quand cet objet était incertain et indéterminé, c'est-à-dire quand il ne pouvait fixer avec précision

(1) Gaius IV. § 87. — L. 46, pr. De fid. XLVI, 1. — L. 57, § 1. De Sol. XLVI. 3.

la valeur, la quantité ou la qualité de la chose promise (1). Cette distinction présentait de l'intérêt ; car, en intentant la *condictio certi*, le créancier poursuivant, quel qu'il fût, stipulant principal ou *adstipulator*, s'exposait à la *plus-petitio* et, par conséquent, à la déchéance du droit porté en justice, danger qu'il n'avait pas à craindre en faisant usage de la *condictio incerti*.

En principe, le débiteur devait fournir l'objet promis au temps et au lieu fixés ; mais, si le débiteur se trouvait dans l'impossibilité de donner la chose due, l'*adstipulator* pouvait accepter une autre prestation et le débiteur était néanmoins libéré. Toutefois, les jurisconsultes romains se demandaient s'il l'était *ipso jure* ou *exceptionis ope* et ils discutaient sur la solution à donner à cette question. Gaius (2) nous apprend que les Sabinien^s professaient la première opinion et les Proculien^s la seconde. Tandis que les Proculien^s assimilaient la *datio in solutum* à un pacte de remise, les Sabinien^s lui attribuaient les mêmes effets qu'eût produits un véritable paiement. L'opinion des Sabinien^s finit par prévaloir et, pourtant, elle était moins juridique. Certes, le créancier qui acceptait la substitution d'une chose à une autre ne pouvait plus, désormais, réclamer au débiteur l'objet promis et la *datio in solutum* pouvait dès lors sembler

(1) Ins. L. III. T. 15. De verb. oblig. pr.

Loi 75 §§ 2, 3, 4. De verb. oblig. XLV. 1.

(2) Gaius III, § 168.

constituer une *solutio* directe (1) ; néanmoins il nous paraît plus exact de dire que la *datio* renfermait une translation de propriété d'un objet qui n'était point dû, translation qui était suivie d'un pacte de remise. Par conséquent, comme les pactes de remise, elle ne devait éteindre la dette qu'*exceptionis ope*.

Si l'*adstipulator* était évincé de la chose qu'il avait reçue en paiement, la même discussion se représentait à propos de l'action que l'*adstipulator* pouvait exercer contre le débiteur. Ulpien (2) accordait au créancier évincé l'action *utilis ex empto* ; il le considérait, en effet, comme ayant acheté la chose pour un prix égal au montant de sa créance. Marcien (3), au contraire, lui donnait l'action *ex stipulatu*, l'action même que la *datio in solutum* avait dû éteindre, « parce que cette *datio* n'avait pas pu produire d'autres effets que le paiement de la chose due et que, en principe, le paiement n'éteignait la dette qu'autant que le créancier était assuré contre toute chance d'éviction. » L'intérêt que présentait cette controverse était grand. En effet, si le créancier conservait sa situation originaire, le chiffre de sa créance n'avait pas varié et les garanties personnelles ou réelles qui y étaient attachées subsistaient. Si, au contraire, le créancier devait être considéré comme un acheteur, ces garanties disparaissaient et le chiffre de la créance

(1) Inst. L. III, T. 29 ; pr. — L. 47, C. De Sol. VIII, 43.

(2) L. 24 pr. De pign. act. XIII, 7.

(3) Accarias T. 2. p. 534.

était déterminé par la valeur qu'avait la chose au moment de l'éviction, quelle que fût cette valeur, qu'elle fût supérieure ou inférieure à celle qu'elle avait au moment du paiement. Il est difficile de dire quelle est celle de ces deux opinions qui prévalût, car nous les retrouvons toutes les deux au Code (1).

L'*adstipulator* pouvait accepter, comme tout créancier, une autre prestation que celle qui lui était due. Il pouvait aussi accorder un délai au débiteur. Il pouvait encore substituer une dette nouvelle, née *verbis*, à une dette préexistante et éteindre ainsi cette dernière ; en un mot, il pouvait nover. A une obligation civile, prétorienne ou naturelle devait succéder une autre obligation renfermant *aliquid novi* ; mais, pour nover, il devait faire, comme tout créancier, une stipulation valable ; il ne pouvait se borner à conclure un simple pacte (2) ; car un pacte ne pouvait produire novation.

L'*adstipulator* pouvait encore remettre la dette au moyen de l'*acceptilatio*. C'était là le mode naturel d'extinction des obligations nées *verbis* : *Que jure contrahuntur contrario jure pereunt*. Comme nous l'avons dit, l'*adstipulator* devait, pour faire *acceptilatio*, répondre à l'interrogation faite par le débiteur ; au lieu de poser la question il y répondait lui-même. Les parties ne pouvaient insérer dans la formule un terme ou une condition ; l'*acceptilatio*

(1) L. 8 Code De sent. et int. VII. 45 ; — L. 17. C. De solut. VIII. 44 ; — L. 4. De evict. C. VIII. 45.

(2) L. 5 et 14 § 1 De nov. XLVI. 2. — Inst. L. III. T. 29 § 3.

était, en effet, un *actus legitimus* et la fiction d'un paiement pur et simple.

L'*adstipulator* pouvait donc accorder au débiteur sa libération et les modes ordinaires d'extinction des obligations étaient applicables à la créance née de l'*adstipulatio*. Le débiteur, libéré envers l'*adstipulator*, l'était en même temps envers le créancier principal. Tel était le principe général ; il comportait, néanmoins, quelques exceptions que nous devons maintenant signaler. Parfois la créance de l'*adstipulator* s'éteignait tandis que celle du créancier principal survivait.

Appendice.

Modes d'extinction spéciaux à la Créance née de l'*Adstipulatio*.

L'*adstipulator* était, en même temps que créancier, mandataire du stipulant principal. Or le mandat était donné *intuitu personæ* ; l'*adstipulator*, comme l'*adjectus solutionis gratiâ*, avait seul été choisi par le créancier ; ses héritiers étaient, peut-être même inconnus de ce dernier. Il était donc naturel que la créance née de l'*adstipulatio* s'éteignît par la mort et la *capitis deminutio* de l'*adstipulator* (1).

L'*adstipulator* pouvait cesser d'être libre, perdre le droit de cité, changer d'état : il était alors *capite minutus*. Que la *capitis deminutio* fût *maxima, media*

(1) Gaius III, § 114.

ou *minima*, c'est-à-dire que l'*adstipulator* tombât en servitude ; qu'il encourût une condamnation criminelle, qu'il émigrât dans une colonie latine, que, s'il était pérégrin, il entendit prononcer contre lui une condamnation telle que, s'il eût été citoyen romain, elle eût entraîné pour lui la perte du droit de cité, que, pérégrin, il devint citoyen romain ; que, *paterfamilias*, il se donnât en adrogation (1), que *filiusfamilias*, il fût adopté (2), ou émancipé (3), ou mancipé : l'ancienne personne juridique, celle à qui le stipulant principal avait donné le mandat de stipuler de son débiteur ce que celui-ci lui avait promis, disparaissait et cette disparition entraînait l'extinction de la créance née de l'*adstipulatio*. Ainsi le *filiusfamilias*, qui avait été *adstipulator*, ne pouvait plus exiger du débiteur l'exécution de son obligation si, pour devenir *sui juris*, il avait subi une *capitis deminutio*. Par exemple, l'émancipation (4), qui empruntait les formes de l'affranchissement *vindictâ* et de la mancipation entraînait la *capitis deminutio* et, par conséquent, éteignait la créance née de l'*adstipulatio*. Au contraire, la mort du père de famille ou l'élévation du fils à certaines dignités sacerdotales mettaient un terme à la *paterna potestas* sans porter aucune atteinte à la créance du fils qui avait été *adstipulator*, car, dans ces deux cas, pour devenir *sui juris* il n'avait encouru aucune *capitis deminutio*. Quand l'*adstipulator* deve-

(1) Gaius I, § 162.

(2) Gaius I, § 162.

(3) Gaius I, § 162.

(4) Accarias, L. 1, p. 303.

nait *capite minutus*, le créancier principal conservait, néanmoins, sa créance ; le changement survenu dans la personne de l'*adstipulator* n'y portait aucune atteinte. Mais, désormais, il devait lui-même exercer ses droits et poursuivre son débiteur. Les dangers qu'il avait voulu éviter, les obstacles qu'il avait voulu surmonter, les difficultés et les prohibitions dont il avait voulu triompher en s'adjoignant un *adstipulator* surgissaient donc de nouveau devant lui ; aussi avait-il intérêt à confier à plusieurs personnes la mission de stipuler *idem* de son débiteur.

Supposons, au contraire, que le créancier principal eût seul encouru la *capitis deminutio*, il demeurerait, néanmoins, créancier et l'*adstipulator* devait encore exécuter son mandat. Tous deux donc pouvaient poursuivre le débiteur. En effet, les droits pécuniaires que possédait le *capite minutus* ne périssaient pas en principe ; le créancier principal pouvait, par exemple, être adrogé sans que sa créance fût éteinte.

Certains romanistes prétendent, il est vrai, que l'*adstipulator* n'était pas *capite minutus* « dans tous les cas où il changeait de famille et que sa créance subsistait si le nouveau *status* équivalait à l'ancien ou lui était préférable ». En d'autres termes, la *capitis deminutio* aurait impliqué, outre le changement de famille, un amoindrissement, une « *deminutio* » de la capacité antérieure. Ainsi, « les enfants de l'adrogé n'auraient point été *capite minuti*, car ils demeuraient, ce qu'ils étaient avant l'adrogation, des personnes *alieni juris* et n'avaient jamais passé même imagi-

nairement par la condition servile ». Nous repoussons cette opinion qui aboutit à déclarer que les enfants de l'adrogé, de même que la fille de famille qui passe *in manum mariti*, n'étaient pas *capite minuti*. Paul, en effet, dit formellement que les enfants de l'adrogé subissaient une *capitis deminutio* (1) et Ulpien affirme que la *conventio in manum* entraînait la même conséquence (2).

« Aulu Gelle, dit-on encore, après avoir constaté que les vestales sortaient de la *paterna potesta* sans *capitis deminutio*, déclare qu'elles ne pouvaient ni recueillir ni laisser une succession *ab intestat*. Puisque la vestale perdait ainsi ses droits sans avoir subi de *capitis deminutio* c'est que, conclut-on, la *capitis deminutio* n'était point la conséquence d'un simple changement de famille, d'une simple *mutatio familiæ*. » Aulu Gelle n'affirme pas seulement que la vestale sortait de sa famille ; il avoue aussi que Labéon et lui ont vainement cherché le motif juridique de cette incapacité.

« Enfin, ajoute-t-on, d'après Ulpien, la *capitis deminutio* serait une *mutatio statûs* qui n'entraînait ni la perte de la liberté ni celle du droit de cité. » Ce dernier argument aboutit à donner au mot *status* un sens qu'on ne saurait raisonnablement lui attribuer. Ce mot équivaut au mot *caput* et Ulpien se sert du langage usuel et des expressions

(1) L. 3. pr. De cap. dem. L. 1. T. 16.

(2) XI § 13.

habituelles. Plus loin (1), en effet, il désigne la *minima capitis deminutio* par cette périphrase : *capitis minutio salvo statu contingens*. Or ceux qui décident que la *capitis deminutio* était une diminution de capacité et que *status* signifiait *caput* devraient dès lors affirmer que la *minima capitis deminutio* ou diminution de capacité « n'entraînait aucune perte de capacité ». Cette affirmation serait un non sens ; aussi, nous croyons qu'Ulpien a voulu dire que la *capitis deminutio minima* était celle qui ne réduisait pas le nombre des éléments constitutifs de l'état.

La *capitis deminutio* de l'*adstipulator* éteignait donc la créance née de l'*adstipulatio*, quelle que fût la cause de cette *capitis deminutio*. La mort de l'*adstipulator* entraînait la même conséquence ; la créance de l'*adstipulator* ne fut même jamais transmissible à ses héritiers. Au contraire, à la mort du créancier principal, l'*adstipulator* demeurait créancier ; il pouvait encore poursuivre le débiteur et exiger de lui l'exécution de son obligation. Ce fut, à l'origine, surtout à ce moment que se manifestait l'utilité du mandat qui lui avait été donné.

(1) L. 1. § 8. Ad sc. Tert. XXXVIII. 17.

DROIT FRANÇAIS



DROIT FRANÇAIS

DU RETRAIT SUCCESSORAL

INTRODUCTION

Un partage est une source de conflits. Cette formule est banale, mais elle est véridique et les procès qu'intentent ceux qui sont appelés à une succession en confirment souvent la parfaite exactitude.

Le partage qui doit être effectué entre parents engendre lui-même de nombreuses contestations. Les difficultés se compliquent encore, les obstacles s'accumulent, les litiges sont plus fréquents si un tiers inconnu, non successible, acquiert la part d'un cohéritier et, par conséquent, le droit de s'immiscer dans les opérations de ce partage. L'entente, déjà si fragile, est plus facilement brisée ; la discorde menaçante règne bientôt en maîtresse souveraine et les

procès vexatoires sont plus nombreux. Seul le fisc en bénéficie ; il s'attribue la part du lion et ne laisse trop souvent aux plaideurs que « le sac et les quilles ».

Non seulement ces derniers ne recueillent qu'un patrimoine amoindri ; mais, chose plus grave ! ils ne peuvent soustraire aux investigations et aux recherches de ce tiers les affaires les plus secrètes de la famille. Celui-ci peut exiger que tous les titres et papiers du défunt lui soient communiqués. Il connaît dès lors tous les actes de ce dernier, peut-être même va-t-il les divulguer ! En vain les héritiers s'opposeraient à ces ravages qui peuvent parfois entraîner la perte de leur sécurité et de leur honneur ; s'ils tentaient la moindre résistance, ce tiers inquisiteur leur opposerait ses droits et ses prérogatives et invoquerait à l'appui de ses prétentions les sentences de la justice.

Son intervention dans les opérations d'un partage est donc fertile en conséquences funestes ; aussi le législateur a-t-il voulu les éviter et prémunir les héritiers contre elles ; c'est pourquoi, par l'article 841 du Code civil, il leur a permis « d'écarter du partage toute personne non succcessible à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession. » L'exercice de cette faculté s'appelle le retrait successoral.

CHAPITRE I.

Origine et Histoire du retrait successoral.

Cette faculté qu'a l'héritier d'écarter du partage un non-successible, cessionnaire de la part d'un de ses co-héritiers, est d'origine relativement récente. Certains auteurs, M. Duranton par exemple, ont prétendu, il est vrai, que les lois romaines *Per Diversas* et *Ab Anastasio* (1) s'appliquaient au retrait successoral ; mais tous reconnaissent aujourd'hui qu'elles ne réglaient que le retrait litigieux et que ce n'est que dans notre législation qu'on les étendit au retrait de droits successifs. (2)

Dans l'ancien droit français, le retrait successoral, tel que nous le concevons aujourd'hui, n'était ni généralement admis ni généralement connu. La plupart des anciens jurisconsultes semblent même avoir ignoré son existence. Ainsi Pothier, après avoir dit « qu'il y a trois espèces de retrait, le lignager, le seigneurial ou féodal et le conventionnel », ajoute : « qu'il y en a encore quelques autres, tels que celui que quelques coutumes accordent au co-propriétaire par indivis d'une chose quand l'un d'eux vend sa

(1) L 22 et 23, C. Mandat. IV, 35.

(2) Revue pratique de droit français 1870. t. 2 p. 497.

aprt indivise à un étranger. » Il définit en ces termes celui de communion (1) ; mais ce n'est pas là notre retrait. Bien plus, quand, expliquant le retrait lignager, il se demande si ce dernier est applicable à une cession de droits successifs, il enseigne que « cette cession n'y est sujette que pour les immeubles de la succession » ; il affirme même que « si le retrait est exercé avant le partage, on doit surseoir à y faire droit jusqu'après le partage, auquel partage le retrayant doit-êtré appelé. » (2) Autres sont, nous le verrons, les effets, la nature et le but de notre retrait successoral. Domat n'est pas plus explicite et l'on peut conclure qu'une institution au sujet de laquelle les jurisconsultes ont gardé un silence aussi complet ne devait avoir une grande importance ni en théorie, ni en pratique.

Si, après avoir consulté la doctrine, nous interrogeons la jurisprudence, nous trouvons que les premiers arrêts qu'elle nous fournit remontent aux années 1521 (3). 1578, 1595 (4). Ils avaient autorisé un cohéritier à exercer le retrait contre le cessionnaire de son cohéritier ; mais ils n'avaient point tranché définitivement la question. Le droit de retrait fut encore et longuement discuté en 1613 devant le Parlement de Paris (5) ; il fut de nouveau reconnu, mais

(1) Traité des Fiefs, nos 1 et 2.

(2) Traité des retraits, partie I, ch. III, n° 43.

(3) Brillou, Dictionnaire des Arrêts, nouvelle édition. 1727.

(4) Charondas le Caron Pandectes du droit français, ch. 29.

(5) Actions notables et plaidoyers de Messire Louis Servin, Paris 1631, 3^e partie, fol. 35.

l'arrêt qui le consacrait ne fit loi que dans le ressort de ce Parlement.

En 1768, en effet, lors d'un procès intenté dans le ressort de la coutume de la Marche, le Parlement de Paris essuya le reproche « d'avoir arbitrairement empiété sur la loi » et, par un arrêt du 27 Août, une demande en retrait fut rejetée. Le Parlement de Dijon, par deux arrêts de 1737 et 1738, avait statué dans le même sens (1). D'ailleurs, le Parlement de Paris ne permettait pas au cohéritier de reprendre le marché du cessionnaire de son cohéritier quand ce droit n'était pas reconnu par les coutumes locales. Certaines coutumes, en effet, l'excluaient formellement; ainsi le chapitre XXIII, art. 23, de la coutume d'Auvergne portait que le retrait « n'a lieu en vendition de succession universelle ».

Cependant, malgré l'opposition de quelques coutumes, de quelques parlements et de quelques jurisconsultes, le retrait successoral finit par pénétrer dans le domaine de la législation et les lois intermédiaires l'y laissèrent subsister.

Certaines lois de 1790, ont, il est vrai, expressément aboli diverses espèces de retraits : le retrait de bourgeoisie, le retrait d'habitation, le retrait lignager, le retrait de société et d'autres encore (2). Consultée en Septembre 1793 sur la portée et l'étendue de cette

(1) Traité sur diverses matières du droit français en usage dans le Duché de Bourgogne par Davot avec notes de Bannelier, 2^e édit. Dijon 1788, t. 2, p. 759, note 1438.

(2) Lois des 13 Juin et 19 Juillet 1790.

abolition, la Convention Nationale décida que tous les retraits, introduits par les anciennes lois, coutumes et les usages locaux, ne pouvaient plus être appliqués ; elle étendit même au retrait successoral l'abolition qui atteignait les autres et, nous le reconnaissons, un Décret du 19 Floréal an II annula un jugement du 10 Avril 1793 qui avait reconnu à un héritier le droit d'écarter du partage d'une succession le cessionnaire des droits de l'un de ses co-héritiers ; mais nous persistons, néanmoins, à croire que les lois intermédiaires n'ont porté aucune atteinte à l'existence du retrait successoral.

Le Décret du 19 Floréal an II, le seul, en effet, qui le mentionne, n'a pas été inséré au Bulletin de Correspondance, formalité nécessaire pour qu'il devînt obligatoire. Les autres décrets ont énuméré les retraits qu'ils abolissaient et celui que nous étudions n'a jamais figuré dans leur nomenclature. Ceux des 2 et 30 Septembre 1793 déclarèrent abrogés tous les retraits ; mais cette déclaration n'avait pas un caractère légal ; elle faisait partie des motifs de la loi et non de son dispositif, or la Convention n'était appelée à voter que sur le dispositif. Les autres décrets qui eurent une portée aussi générale que celle des décrets des 2 et 30 Septembre 1793 n'étaient pas applicables au retrait de droits litigieux ; ils ne pouvaient donc l'être au retrait de droits successifs qui dérive de ce dernier. D'ailleurs, à cette époque, notre retrait n'était pas considéré comme tel, il n'était connu que sous le nom d'action en subrogation ; il ne pouvait donc subir le sort des autres retraits. « Ce

retrait, dit en effet M. Merlin, est moins un retrait proprement dit qu'une faculté qu'a un cohéritier d'empêcher un étranger de venir partager avec lui l'hérédité dont son cohéritier a jugé à propos de céder sa portion, en remboursant au cessionnaire ce qu'il lui en a coûté pour l'acquérir; il ne s'agit point, en pareil cas, de retirer mais d'empêcher qu'on ne retire » (1).

Les premiers projets du Code Civil, préparés durant la Révolution, ne mentionnèrent pas le retrait successoral. Jacqueminot en parla le premier et sa proposition, reprise dans les mêmes termes par les Commissaires du Gouvernement lors de la dernière préparation de notre Code, servit de base à l'article 841.

Quand les tribunaux d'appel furent consultés, cette disposition n'attira guère leur attention. Le tribunal de Montpellier fut le seul qui la critiqua; il la considéra comme injuste « parce qu'elle privait le cédant de la concurrence de tous autres que les cohéritiers qui peuvent se prévaloir de cet avantage au préjudice du cédant » et comme « facile à éluder par la simulation d'un prix excessif ». Le tribunal de Lyon se félicita, au contraire, de voir revivre « cette

(1) Merlin ; Repert. de Jurisp. t. 4 v°. Droits successifs n° 8.

L'intérêt que présentait, autrefois, cette question était celui-ci : Si le retrait successoral avait été aboli par les lois intermédiaires, une vente de droits successifs, faite sous l'empire de ces lois, n'était point passible de retrait. La jurisprudence repoussa cette opinion et adopta celle que nous présentons. Demol, t. IV, n° 7.

ancienne disposition de toutes les législations, si nécessaire pour maintenir la paix dans les familles, pour écarter ces vampires qui cherchent à se glisser partout où il y a quelque chose à dévorer. »

L'article 841 fut admis dans notre Code; l'action en subrogation, (puisqu'il était autrefois le nom du retrait successoral), est donc permise et ce droit que le législateur reconnaît à l'héritier de prendre le marché d'un cessionnaire non successible a, dans notre législation, avec le nom, la nature et les caractères d'un véritable retrait.

« Le droit de retrait, dit Pothier (1), n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place. » Or c'est ce droit qu'exerce l'héritier qui se substitue au cessionnaire de son co-héritier: il s'attribue le marché de ce cessionnaire; il l'empêche de se présenter au partage, il se rend acquéreur « à son lieu et place ». Nous n'hésiterons donc pas à invoquer, pour l'interprétation de l'article 841, les articles 1699 et 1700 qui consacrent le retrait primitif des droits litigieux dont le retrait successoral, nous l'avons dit, n'est que le dérivé, ainsi que les principes qui régissaient les anciens retraits.

Les doutes que soulève cet article sont nombreux, en effet, et les contestations qu'il suscite sont fréquentes. « Le caractère de la loi, a-t-on dit fréquemment, est d'être courte, sa brièveté aide à la retenir et lui

(1) Retraits n° 1.

donne plus de majesté, *imperatoria brevitās* ». Or les rédacteurs du code civil se sont tellement empressés de suivre ce précepte que plus vaste était la matière qu'ils devaient traiter, plus grande a été leur brièveté. Domat (1), à la vue de l'article 841, pourrait encore se plaindre de l'imperfection et de l'obscurité des lois ; mais le motif de ses plaintes ne serait plus le même. Aux obscurités qui naissaient de l'excès de détail ont succédé, en effet, les obscurités engendrées par l'excès de laconisme. Ainsi, tandis que Pothier consacrait à l'explication élémentaire du retrait lignager douze grands chapitres divisés en une multitude d'articles, de paragraphes et de cas, comprenant quatre cent quatre-vingt-huit numéros, les législateurs de 1804 ont eu l'audacieuse pensée et la téméraire hardiesse de croire qu'un seul article de quatre lignes suffisait amplement à l'explication du retrait successoral ; aussi les questions les plus importantes que soulève cette délicate matière n'ont point été tranchées mais ont été abandonnées aux discussions des interprètes.

Pour les résoudre et pour tirer de ce texte toutes les conséquences qu'il comporte, nous devons souvent nous inspirer des précédents historiques et baser nos solutions sur l'esprit de la loi. Il est donc utile de bien déterminer le mobile auquel a obéi le législateur quand il a maintenu dans nos lois le retrait successoral. Or, si nous consultons les anciens ouvrages et les discussions qui précédèrent la rédaction de l'article

(1) Préface des Lois civiles.

841, nous lisons dans Lebrun (1), rapportant cette parole de Plaute : « *Curiosus quin sit malevosus* », « qu'il y a ordinairement de la vexation et un étrange intéressement de la part d'un étranger qui veut apprendre les affaires d'autrui. » Nous entendons, d'autre part, Chabot (2) déclarer dans son rapport au Tribunat « qu'il est de l'intérêt des familles qu'on n'admette point à pénétrer leurs secrets et qu'on n'associe point à leurs affaires ces étrangers que les lois romaines dépeignaient par ces expressions si énergiques : *alienis fortunis inhiantes*, et que la cupidité et l'envie de nuire ont seules pu déterminer à acquérir des droits successifs ».

Eviter des procès vexatoires et surtout empêcher la divulgation des secrets de famille : tel a donc été le but qu'a voulu atteindre le législateur quand il a édicté l'article 841 ; telles seront aussi les considérations qui motiveront nos réponses aux nombreuses questions que soulève ce texte.

(1) Successions t. 4, ch. 2. § 3. n° 66.

(2) Locré t. V. p. 426. (Rapport n° 59). — Laurent t. 10, p. 309.

CHAPITRE II

Qui peut exercer le retrait successoral ?

L'article 841 décide que « toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible et à laquelle un co-héritier a cédé son droit à la succession, peut-être écartée du partage soit par tous les co-héritiers, soit par un seul. » Le législateur reconnaît donc à tout héritier le droit d'exercer le retrait successoral, c'est à dire d'offrir au cessionnaire le remboursement du prix de la cession et, si celui-ci refuse de l'accepter, de l'y contraindre à l'aide d'une décision des juges ; mais, en même temps, le législateur déclare que ce droit n'appartient qu'à ceux qui sont héritiers. Pour répondre à cette première question : qui peut exercer le retrait successoral, pour connaître ceux qui peuvent écarter du partage un cessionnaire non successible, nous devons donc d'abord déterminer le sens et la portée des expressions dont s'est servi le législateur.

Or le mot « co-héritiers » désigne tous ceux qui sont appelés à la succession, quelle que soit la nature ou l'importance des biens qu'ils sont appelés à recueillir, tous ceux qui ont le droit de provoquer le partage *proprio jure*, soit en vertu de la loi, soit en vertu des dispositions de l'homme.

Le droit d'écarter tout cessionnaire non successeur des opérations du partage appartient donc à l'héritier *ab intestat*, l'héritier légitime ; il appartient aussi aux successeurs irréguliers. Ainsi l'enfant naturel reconnu a le droit d'exercer le retrait successoral. En effet, il est héritier *lato sensu* puisqu'il peut prétendre à une quote-part de l'hérédité et connaître tous les éléments de la succession.

Le conjoint survivant a ce même droit. L'art. 767 nouveau décide, en effet, que « quand le défunt ne laisse ni parents au degré successeur ni enfants naturels, les biens de la succession appartiennent au conjoint non divorcé et contre lequel il n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée ». De plus, la loi du 9 Mars 1891 l'appelle dans tous les cas à la succession du conjoint prémourant ; or, soit que son droit porte, si le conjoint se trouve en présence des héritiers les plus proches, sur l'usufruit d'une partie des biens laissés par le de cujus ; soit que, en l'absence d'héritiers, il porte sur la pleine propriété de ces biens, ce droit est toujours un droit d'une succession et un droit d'héritier. « Que le conjoint soit appelé, disait M. Delsol au Sénat (1), lors des travaux préparatoires de cette loi, à la propriété de tous les biens ou à l'usufruit d'une partie, le conjoint est toujours considéré comme un successeur irrégulier. L'usufruit, accordé au conjoint survivant, a le même caractère que la succession irrégulière à laquelle le conjoint peut être appelé, si

(1) Séance du 14 Nov. 1890. Officiel du 15 Nov. 90, p. 1031.

le défunt ne laisse ni héritiers au degré successible, ni enfants naturels. En d'autres termes, cet époux recueille cet usufruit comme un droit héréditaire ; mais, en recueillant cet usufruit, il ne prend pas place parmi les héritiers légitimes. »

Comme l'enfant naturel, le conjoint survivant a donc un droit de succession qui peut être exercé même en présence des héritiers les plus proches. Comme l'enfant naturel, il est appelé par la loi ; comme lui il est héritier ; comme lui, il pourra donc exercer le retrait. Il y a, d'ailleurs, le même intérêt. Le législateur, en effet, en lui conférant un droit héréditaire, y a apporté quelques restrictions. « L'époux, dit-il, ne peut l'exercer que sans préjudicier aux droits de réserve et aux droits de retour ; il devra imputer les libéralités, même faites par préciput et hors part, qu'il aurait reçues du défunt et, si leur montant est inférieur à celui des droits que la présente loi leur attribue, il ne peut réclamer que le complément de son usufruit. » Lors de l'imputation de ces libéralités, par exemple, des difficultés peuvent surgir ; mais l'on peut espérer qu'elles seront plus facilement vaincues et que les contestations qu'elles engendreront seront plus rapidement terminées si l'adversaire du conjoint est un de ses parents que si cet adversaire est un inconnu, cessionnaire de la part d'un cohéritier.

Si, au contraire, le conjoint survivant ne peut prétendre à l'usufruit d'une partie des biens de la succession et ne peut réclamer à cette succession qu'une pension alimentaire, il n'est plus héritier, il

n'est que créancier et il ne peut, en vertu de cette qualité, comme nous le dirons plus loin, exercer le retrait successoral.

Le droit d'intenter l'action en subrogation appartient encore à l'héritier testamentaire, au légataire universel ou à titre universel (1). « Pourtant, dit-on, la loi ne parle que des « cohéritiers » et le mot « héritier » ne désigne pas toujours le légataire universel ou à titre universel ; d'autre part, l'article 841, qui est une disposition exceptionnelle et exorbitante, ne peut-être étendu d'un cas à un autre ; car *exceptio est strictissimæ interpretationis*. Enfin, le retrait successoral est institué dans l'intérêt de la famille et, par conséquent, le droit de l'exercer ne semble pouvoir appartenir qu'aux membres de la famille. » Ces objections que l'on fait pour repousser l'action en subrogation intentée par le légataire universel ne sont guère fondées. En effet, l'article 841 a pour but de permettre à tous ceux qui peuvent intervenir au partage d'écarter tout cessionnaire, non successible, qui en troublerait les opérations ; or le légataire universel ou à titre universel a le même intérêt que l'héritier *ab intestat* à ce que ces opérations ne soient point entravées par la présence et les agissements d'un non successible. L'adage précité : *exceptio est strictissimæ interpretationis* se trouve ici neutralisé par cet ancien principe : *Hi qui in universum jus succedunt heredis loco habentur*. Nous dirons plus loin, d'ailleurs, en invoquant les termes mêmes de

(1) Laurent t. 10 n^{os} 352 et 353.

l'article 841, que le cessionnaire des droits d'un enfant naturel comme celui des droits d'un légataire universel ou à titre universel peut être écarté des opérations du partage ; or on ne saurait admettre logiquement que le législateur ait attribué dans le même article au mot cohéritier des acceptions différentes et qu'après avoir employé cette expression pour désigner tout successible indistinctement, légitime ou naturel, testamentaire ou ab intestat, il lui ait donné ensuite un sens restreint et n'ait voulu alors désigner que l'héritier ab intestat. « Lorsque la loi déclare, dit M. Demolombe, que le retrait successoral peut-être exercé contre toute personne à laquelle un cohéritier a cédé son droit à la succession, il n'est pas douteux qu'elle désigne sous ce nom de cohéritier tous les successeurs universels, saisis ou non-saisis. Or, on ne saurait admettre que le législateur ait employé le même mot à si peu de distance, dans le même article, dans deux acceptions différentes. Donc le mot cohéritier qui, dans la première partie de l'article 841, comprend tous les successibles, doit les comprendre tous aussi dans la deuxième partie. » (1) De plus, le testateur peut choisir pour héritiers d'autres personnes que celles que la loi appelle à sa succession et les héritiers testamentaires ont, en général, les mêmes droits que les héritiers ab intestat. Si certaines dispositions du Code ne considèrent pas comme héritier proprement dit celui à qui le défunt a donné par testament

(1) Demolombe. t. IV.

l'universalité de ses biens et semblent ainsi établir une différence entre les héritiers testamentaires et les héritiers du sang, cette différence n'existe qu'en dans les mots mais non dans le sens que ces mots expriment. L'article 967 dissipe tout doute et toute équivoque puisqu'il décide que « toute personne pourra disposer par testament, soit à titre de legs, soit à titre d'institution, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté. » L'article 1006 n'est pas moins formel quand il déclare que, sauf le cas où il y a des héritiers réservataires, le légataire universel se trouve saisi de plein droit et est dispensé de demander la délivrance. Enfin l'article 841 est placé dans la Section I du Chapitre VI du Titre des Successions, qui a pour objet la matière du « Partage et des Rapports » ; or tous les textes qui y sont compris se réfèrent au partage des successions testamentaires comme à celui des successions ab intestat. La faculté d'exercer le retrait successoral, dont il est parlé dans cette section, est donc accordée à l'héritier institué comme à l'héritier du sang, puisque l'article 841 n'établit aucune distinction. L'héritier testamentaire peut donc intenter l'action en subrogation ; il le peut même si, appelé par la loi en même temps que par le défunt, il renonce à la succession ab intestat et accepte le legs universel.

Le légataire à titre universel est assimilé au légataire universel dans la proportion de son legs ; comme lui, il intervient au partage et supporte les charges et les dettes de la succession ; il doit donc aussi profiter des avantages attachés à son titre

d'héritier d'une quote-part, sauf les modifications établies par la loi. Il peut, par conséquent, intenter l'action en subrogation puisque la loi ne le lui interdit point.

Au contraire, le légataire à titre particulier qui, lui, n'est pas héritier, ne peut exercer le retrait (1).

Ce droit n'appartient donc pas au légataire de l'usufruit de l'universalité ou d'une quote-part des biens de la succession ; car ce légataire est un légataire à titre particulier. Certains jurisconsultes prétendent, il est vrai, que le légataire universel d'usufruit, selon l'expression vulgaire, est successible ; qu'il est tenu au paiement des dettes de la succession en vertu de l'article 612 du Code Civil ; que, par conséquent, il peut intervenir au partage et en écarter un non successible.

D'autres jurisconsultes ne reconnaissent cette faculté au légataire d'usufruit que si son droit ne porte que sur une quote-part des biens laissés par le *de cujus* ; car, dans ce cas, il doit, de concert avec les autres successibles, faire déterminer la quote-part de l'universalité destinée à servir d'assiette à son usufruit (2). Si, au contraire, ce droit s'étend à l'universalité des biens, le légataire d'usufruit ne peut exercer le retrait.

Pour nous, le légataire d'usufruit est toujours un légataire particulier ; par conséquent, il n'est pas

(1) Laurent, t. 10, n° 385.

(2) D. 30. 2. 182. Vazeilles art. 841, n° 15.

héritier et ne peut, dans aucun cas, exercer le retrait. Quelle que soit l'étendue de son droit, qu'il porte sur la totalité ou sur une quote-part des biens du défunt, notre opinion est la même (1). En effet, le legs d'usufruit ne présente pas les caractères du legs universel tel qu'il est défini par l'article 1002, ni du legs à titre universel tel qu'il est défini par l'article 1010. Le legs d'usufruit n'est pas « une disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une personne l'universalité des biens qu'il laissera à son décès (2) ». Il n'est pas davantage « une disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une personne une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier (3) ». Dès lors, le legs d'usufruit, d'après le paragraphe 2 de l'art. 1010 du Code civil, ne forme, comme tout autre legs, qu'une disposition à titre particulier. Si le législateur, dans l'article 612, le désigne sous le nom d'usufruitier universel ou à titre universel, il a exprimé sa pensée d'une façon trop laconique, mais il n'a pas donné une définition juridique qu'il devait fournir au siège même de la matière et dans un texte spécial (4). Le droit d'usufruit est, d'ailleurs, un droit spécial et distinct ; c'est un droit réel, un droit de jouissance temporaire sur des biens dont la propriété appartient à autrui, dans notre hypothèse aux héritiers. Le légataire d'usufruit ne

(1) Contra D. 93. I. 359.

(2) Art. 1002.

(3) Art. 1010.

(4) D. 80. I. 124. Laurent, t. 10, n° 360.

représente pas le défunt, il ne devient pas propriétaire, créancier, débiteur « à son lieu et place ». Si considérable que puisse être l'étendue de son legs, l'usufruitier ne peut prétendre à l'universalité ou à une quote-part du patrimoine du *de cuius*. Il ne peut disposer des biens ni les dénaturer ; il n'a pas un droit de copropriété indivise avec les nu-propriétaires ; ce n'est qu'entre ces derniers que le partage de la succession peut être opéré. Le légataire d'usufruit ne peut davantage être poursuivi par les créanciers du défunt. En vertu des articles 1009 et 1012, le légataire universel à titre universel doit payer « sa part et portion des dettes » ; or l'usufruitier ne paie jamais la moindre part du capital héréditaire ; il n'en supporte que les intérêts. Payer les intérêts d'une dette ce n'est évidemment pas la payer totalement ou partiellement.

Le légataire à titre universel de l'usufruit d'une quote-part des biens de la succession peut, il est vrai, provoquer une espèce de partage pour faire déterminer les biens qui seront affectés à son usufruit ; mais ce partage n'est qu'un partage de jouissance. L'article 841, placé au chapitre « Du Partage et des Rapports », se rattache essentiellement, au contraire, comme les dispositions qui le précèdent ou qui le suivent, à un état d'indivision entre successibles ; il règle le partage de la propriété des biens communs entre eux ; il suppose des ayant-droits pouvant tous concourir à cette liquidation, *proprio jure*, en dehors de toute cession.

Le légataire d'usufruit n'est donc qu'un légataire particulier; et le successible qui, satisfait d'un legs d'usufruit portant sur l'universalité ou une quote-part des biens du *de cujus*, renoncerait à son titre d'héritier pour accepter ce legs qui lui « tiendrait lieu de ses droits », ne pourrait plus exercer le retrait successoral contre un cessionnaire non successible (1).

De même, l'héritier non réservataire exhérédé n'est plus héritier; il est dépouillé de tous ses droits; il ne peut donc s'immiscer dans les opérations du partage et, par conséquent, en écarter personne. Soit qu'il ait été exhérédé expressément, soit qu'il ait été privé indirectement de la part qui lui revenait, par des dispositions universelles et à titre universel, l'héritier exhérédé ne peut plus exercer le retrait successoral (2). Au contraire, l'héritier non réservataire dont la part n'est restreinte que par des dispositions à titre particulier et qui n'est pas expressément exclu de la succession par le défunt, ne perd pas le droit d'intenter l'action en subrogation. Le nombre des legs particuliers, quelque considérable qu'il soit, ne porte, en effet, aucune atteinte à sa qualité d'héritier et aux droits qu'il possède. Il peut provoquer le partage de la succession; car il est appelé à recueillir les valeurs dont le défunt n'aurait peut-être pas disposé. Son titre d'héritier et les avantages éventuels que ce titre comporte suffisent pour que, s'il exerce le retrait successoral, il ne puisse être repoussé par une fin de non-recevoir (3).

(1) Art. 785. C. Civ.

(2) Laurent, t. 40, n° 355.

(3) S. 86, I. 453.

Quant à l'héritier réservataire, il demeure héritier même quand il est réduit à sa réserve. Saisi à son insu, il a un droit à exercer sur tous les biens de la succession ; c'est à lui que le légataire universel doit adresser sa demande en partage et aucun acte du défunt ne peut le dépouiller de ses prérogatives (1). Il est donc fondé à intenter l'action en subrogation. Il ne le serait plus si le défunt lui avait fait un legs particulier pour lui tenir lieu de sa réserve et s'il avait accepté ce legs. Dans ce cas, en effet, il ne serait plus héritier puisqu'il aurait renoncé à la succession (2) ; et, par sa renonciation, il aurait perdu le droit d'assister aux opérations du partage et, par conséquent, celui d'écarter un cessionnaire, non successible, des opérations de ce partage (3). Comme tout légataire, il ne pourrait plus réclamer désormais que la délivrance de son legs (4).

Si le legs dont il était bénéficiaire était, au contraire, un legs universel ou à titre universel et s'il avait renoncé à la qualité d'héritier ab intestat pour conserver ses droits d'héritier testamentaire, il pourrait, au contraire, exercer le retrait en vertu des principes que nous avons posés plus haut (5).

L'époux donataire par contrat de mariage de tout ou d'une partie des biens présents et à venir du

(1) Laurent T. 10 n° 353.

(2) Art. 785.

(3) Laurent t. 10 n° 355. — Demolombe T. 4 n° 46.

(4) Aubry et Rau § 621 ter t. 4.

(5) Laurent t. 10 n° 355.

donateur est successible, et jouit aussi, en vertu des mêmes principes, de la faculté de s'approprier le marché d'un cessionnaire de droits héréditaires qui ne serait pas successible.

L'héritier qui a transigé dans une instance en partage et qui a reçu, à la suite de cette transaction, une partie des biens héréditaires comme équivalent aux renonciations auxquelles il a consenti, conserve, néanmoins, son titre d'héritier et est fondé à exercer le retrait successoral contre un cessionnaire qui entraverait les opérations du partage et critiquerait, par exemple, la transaction qu'il a faite (1). Au contraire, le parent du degré subséquent qui serait appelé à la succession si le cédant ne l'était, ne pourrait intenter l'action en subrogation, car il n'est pas héritier (2).

Est encore héritier celui qui, après avoir cédé ses droits, les acquiert de son cessionnaire ; il peut donc exercer le retrait. Il avait abdiqué, il est vrai, les droits qu'il recouvre ; mais il n'avait pu perdre son titre d'héritier, puisque, pour céder sa part, il avait dû accepter la succession ; or *semel heres semper heres*.

Cette rétrocession pourrait-elle encore être effectuée, l'héritier pourrait-il recouvrer les droits qu'il a cédés si l'action en subrogation avait déjà été intentée par un de ses cohéritiers contre son cessionnaire ? Nous ne le pensons pas. Car la rétrocession, pour être

(1) D. 62. 2. 240.

(2) Demolombe T. 4, n° 3.

efficace, doit avoir été effectuée avant que l'action en subrogation n'ait été intentée. Pothier, dans son *Traité des Retraits* (1), enseignait que « l'action en retrait s'éteint quand, avant toute demande en retrait, l'héritage est rentré dans la famille ; mais, aussitôt que les parties ont été prévenues par un acte, toute rétrocession devient impossible. » Dans l'ancien droit, en effet, dès que le retrayant lignager avait manifesté l'intention d'user du retrait, aucune transaction, passée entre le vendeur et l'acheteur, ne pouvait l'empêcher de réaliser son projet. Le retrayant, d'ailleurs, nous semble avoir un droit acquis au retrait, droit qui ne peut lui être ravi. Le cédant ne serait pas fondé à se plaindre de cette solution ; car il pouvait conserver ses droits. Le cessionnaire ne saurait s'opposer aux revendications légitimes du retrayant puisque celui-ci le rend indemne, le libère de toutes ses obligations et ne fait qu'user d'une faculté que la loi lui reconnaît. D'autre part, cette faculté d'exercer le retrait deviendrait illusoire si, pour l'éviter, il suffisait que l'acheteur retrocède au vendeur les droits cédés ; il serait très facile, en effet, aux deux parties contractantes d'anéantir leur contrat, dès qu'un cohéritier manifesterait l'intention d'intenter l'action en subrogation.

L'héritier qui a cédé à un tiers tous ses droits dans la succession et à qui son cessionnaire ne les a pas retrocédés ne pourrait pas davantage exercer le retrait, quoiqu'il ait conservé son titre d'héritier. Il ne pourrait l'exercer ni contre son propre cession-

(1) N° 475.

naire, ni contre le cessionnaire d'un de ses cohéritiers. Il n'a aucun intérêt à éloigner le cessionnaire des opérations du partage puisque lui-même ne peut s'y immiscer ; or sans intérêt pas d'action (1). Il en serait autrement si le cédant n'avait abandonné qu'une partie de ses droits ; il pourrait alors intenter l'action en subrogation, sauf contre son concessionnaire. Il est vrai qu'il n'est pas obligé envers lui à garantie en cas d'éviction (2) ; mais la dispense de garantie lui donne le droit de ne pas le défendre sans lui conférer celui de l'attaquer. « Il répugne, disait Pothier à propos du retrait lignager, que le vendeur exerce le retrait contre son cessionnaire ; le retrait n'étant autre chose que le droit de prendre le marché d'un acheteur étranger et de se rendre acheteur à sa place, il est évident qu'il répugne que la même personne soit à la fois, à l'égard d'un même marché, le vendeur et l'acheteur. » La formule de l'article 841, d'ailleurs, indique nettement que le retrait ne peut être exercé que par les « cohéritiers » du cédant.

Pour soutenir que l'héritier cédant lui-même peut évincer son cessionnaire, il faudrait établir que le retrait est d'ordre public. Or la doctrine et la jurisprudence admettent que le retrait n'a pas ce caractère. La Cour de Cassation a, cependant, déclaré, dans un de ses premiers arrêts sur la matière, « qu'il reposait sur des motifs d'ordre public » et, dans un

(1) Contrà Laurent t. 10 n° 357.

(2) Contrà Dalloz V° Succession n° 1937.

autre; « qu'il importait à la morale et à l'ordre public que des spéculateurs étrangers à la succession ne soient point associés aux affaires des co-successibles et admis à pénétrer des secrets de famille auxquels ils ne doivent point participer (1) ; » mais, « malgré les termes absolus dans lesquels elle a énoncé cette maxime, elle n'a pas entendu, dit M. Laurent, faire du retrait une de ces dispositions qui tombent sous l'application de l'article 6 ; elle a décidé, ce qui est évident, qu'aucune stipulation entre le cédant et le cessionnaire ne peut soustraire celui-ci au retrait... La propriété, ajoute-t-il, est d'ordre public, puisqu'elle est la base de l'ordre social ; or le droit de retrait viole le droit de propriété. Il déroge à la liberté d'industrie qui est également d'intérêt général. Si l'on suppose que le cessionnaire est un spéculateur avide de procès, un étranger malveillant qui cherche à pénétrer les secrets des familles pour y porter le trouble, sans doute, dans ce cas, il y a un motif pour l'écarter du partage ; mais il peut y avoir des cessions parfaitement légitimes ; les reproches ne sont pas toujours fondés ; c'est pourquoi l'on ne peut poser comme règle qu'il soit d'ordre public (2). »

En résumé, le cédant ne peut retrayer son propre cessionnaire, soit qu'il lui ait cédé la totalité de ses droits, soit qu'il ne lui en ait cédé qu'une partie. De plus, dans le premier cas, il ne peut écarter aucun

(1) Cassation 15 Mai 1844. Dalloz Répert. Gén. V^o Succession n^{os} 1881 et 1891. .

(2) Laurent t. 10 n^o 342 p. 371.

cessionnaire des opérations du partage. Dans le second, au contraire, il peut retrayer le cessionnaire de son cohéritier. Celui-ci objecterait vainement que, appelant lui-même un non successible au partage, le cédant ne peut en écarter un autre ; car cette fin de non-recevoir n'est pas établie par la loi. D'ailleurs, l'héritier, qui a cédé une partie de ses droits à un tiers, a pu choisir ce tiers et lui dicter les conditions du marché, tandis qu'il est exposé sans défense aux réclamations et aux revendications, peut-être vexatoires, du cessionnaire de son cohéritier.

Le droit d'exercer le retrait successoral appartient donc à l'héritier *ab intestat* comme à l'héritier testamentaire et au successeur irrégulier ; il appartient aussi à l'héritier bénéficiaire. Celui-ci est, en effet, héritier (1) et toutes les actions de l'hérédité lui compétent ; il peut donc exercer le retrait ; mais il l'exercera dans l'intérêt de la succession dont il est administrateur.

Il résulte de l'indépendance de la succession anormale et de la succession ordinaire que l'ascendant donateur ne jouit pas de la faculté d'exercer le retrait contre le cessionnaire de l'un des héritiers et, réciproquement, que ceux-ci ne sont pas recevables à exercer le retrait contre le cessionnaire de l'ascendant donateur (2). L'ascendant donateur et les autres héritiers ne sont pas des « cohéritiers » ; aucun partage

(1) Toullier, Ret. Suc. n° 437 et suiv.

(2) Demol, t. 4, n° 44.

ne doit être effectué entre eux ; or le retrait ne peut être exercé que par un cohéritier contre le cessionnaire de son cohéritier.

Que faut-il décider dans le cas où, en vertu des articles 745 et 753 du Code civil, une succession doit être divisée entre deux lignes ? Le retrait successoral peut-il être exercé par un membre d'une ligne contre le cessionnaire d'un membre de l'autre ligne ? Ce droit est contesté. L'on dit : « Les héritiers d'une ligne ne sont pas les cohéritiers des héritiers de l'autre ligne et, quand une succession est dévolue à des ascendants ou à des collatéraux, il ne peut y avoir de dévolution d'une ligne à l'autre. En vertu de l'article 733 du Code civil, la succession, doit, en effet, se diviser entre les héritiers paternels et les héritiers maternels de telle sorte qu'il n'y ait plus une succession unique, mais deux successions tellement distinctes et indépendantes que si l'un des héritiers paternels, par exemple, renonce à ses droits, sa part accroît uniquement aux héritiers de sa ligne. Or, ajoute-t-on, l'article 786 porte « que la part du renonçant accroît à ses co-héritiers ». L'expression « cohéritiers » ne peut donc s'appliquer, d'après la terminologie de la loi, qu'aux héritiers de la même ligne, puisque l'accroissement n'a lieu qu'entre eux. Le retrait successoral, exercé par l'un des héritiers d'une ligne contre le cessionnaire des héritiers de l'autre, détruirait, d'ailleurs, toute l'économie de la loi ; car il aurait pour résultat d'introduire dans une ligne les héritiers de l'autre et d'engendrer ainsi la dévolution que le législateur a prohibée. L'esprit et le texte de la loi semblent donc s'accorder pour déclarer non

recevable l'héritier d'une ligne qui voudrait exercer le retrait contre le cessionnaire d'un héritier de l'autre ligne (1). »

Dans un second système qui a recruté peu d'adhérents, on distingue selon que la cession est antérieure ou postérieure au partage général entre les deux lignes (2). Si la cession est antérieure, les cohéritiers de la ligne du cédant peuvent, en principe, exercer le retrait de préférence aux héritiers de l'autre ligne. Ce n'est que si le cédant est seul de sa ligne ou si ses cohéritiers refusent de retrayer le cessionnaire que les successibles de l'autre ligne sont autorisés à invoquer l'article 841. Si, au contraire, la cession est postérieure au partage général, le retrait est alors exclusivement réservé aux héritiers de la ligne du cédant.

Adoptant, en principe, cette distinction, nous croyons, toutefois, avec la Cour de Cassation et la plupart des auteurs que, quand une succession est dévolue à deux lignes, l'héritier d'une ligne peut, tant que le partage n'a pas été effectué entre les deux lignes, exercer le retrait successoral contre le cessionnaire non successible d'un héritier de l'autre ligne (3). L'article 841, en effet, admet au même bénéfice tous les héritiers, quels qu'ils soient; tous, d'ailleurs,

(1) Marcadé, art. 841, n° 3.

(2) Toullier, t. 4, n° 443.

(3) D. 60. 2. 115 — 62. I. 431 — Demante t. 3, n° 171 bis. — Demol, t. 4, n° 54. — Laurent. t. 40, nos 345 et 354.

représentent le défunt et sont appelés au même titre à recueillir sa succession. Leurs droits sont égaux et l'exercice de ces droits amène entre eux des rapports qui ne peuvent exister qu'entre cohéritiers et qui durent tant que l'indivision existe. Ce texte, d'autre part, n'a pas pour but de conserver les biens dans les familles ou d'assurer la séparation des biens affectés à chaque ligne; mais de faciliter les opérations du partage et d'empêcher un tiers non successible de les troubler. Or, quand ce tiers sera retrayé, les cohéritiers pourront plus aisément procéder au partage. Le retrait, exercé par l'un d'eux, leur aura donc été utile à tous.

Il en serait autrement, les héritiers seraient devenus étrangers les uns aux autres, ils ne seraient plus des cohéritiers si un premier partage avait déterminé la moitié afférente à chaque ligne et si cette moitié ne devait plus qu'être subdivisée entre les héritiers de la même ligne. Quand ce premier partage a été opéré, le retrait ne peut plus évidemment être exercé que par les héritiers de la ligne du cédant.

La même distinction doit être appliquée quand la succession doit être divisée entre plusieurs souches ou plusieurs branches. Le retrait pourra donc ou ne pourra plus être exercé par le successible d'une souche contre le cessionnaire du successible d'une autre souche, selon que le partage n'aura pas encore ou aura déjà été effectué entre les diverses souches, c'est-à-dire selon que le cédant sera encore ou ne

sera plus le cohéritier du retrayant. Ce que nous disons des souches s'applique aux branches.

Puisque, pour pouvoir exercer le retrait successoral, il faut être héritier, il est évident que l'héritier exclu de la succession comme indigne ne peut intenter l'action en subrogation. Il a, en effet, perdu son titre et toutes les prérogatives qui y étaient attachées.

De même un cessionnaire non successible ne pourrait retrayer un autre cessionnaire non successible. Les deux parties sont, en effet, *in pari causa* ; ni l'une ni l'autre ne sont héritières ; toutes deux ne sont donc pas recevables à exercer le retrait.

De même encore, le créancier qui intenterait l'action en subrogation du chef de son débiteur, devrait être « débouté de ses prétentions ». Le retrait a pour but de faciliter les opérations du partage et d'empêcher la divulgation des secrets de famille. C'est donc un droit purement moral et exclusivement attaché à la personne des cohéritiers et non pas un de ceux que les créanciers peuvent exercer du chef de leur débiteur (1).

Au contraire, le retrait peut-être exercé par le curateur à la succession vacante de l'un des cohéritiers décédé avant le partage d'une succession à laquelle il était appelé (2). Il est vrai que le législateur, en édictant l'article 841, a voulu écarter des opérations du partage des témoins indiscrets qui

(1) D. 54. 5. 662. Laurent t. 10 n° 361.

(2) Aubry et Rau t. 4 p. 533 § 621 ter. Laurent t. 10 n° 356.

auraient le droit de scruter tous les papiers de famille et susciteraient la discorde, mais qu'il n'a pas eu l'intention d'augmenter l'actif de la succession ; que, quand une succession est vacante, les héritiers font défaut, que seuls des légataires particuliers et des créanciers peuvent se trouver en présence et que le retrait successoral n'a pas été institué en leur faveur ; qu'il ne peut être exercé par eux, parceque c'est un droit exclusivement personnel à l'héritier ; mais le curateur à succession vacante doit administrer en bon père de famille ; il représente l'hérédité, il en exerce et poursuit les droits, il la défend dans toutes les actions dirigées contre elle. Les règles qui gouvernent l'administration de l'héritier bénéficiaire lui sont applicables ; or celui-ci peut, nous l'avons dit, exercer le retrait successoral dans l'intérêt de la succession. D'ailleurs le droit d'intenter l'action en subrogation est transmissible aux héritiers de celui qui pouvait l'intenter lui-même et le curateur à succession vacante représente les héritiers qui, dans l'espèce, sont inconnus.

Nous disons que le droit au retrait passe aux héritiers de celui qui pouvait l'exercer. En effet, ce droit appartient à tout successible ; or les héritiers d'un successible recueillent la part héréditaire de ce dernier avec les droits qui y sont attachés, tels que ce successible les aurait recueillis lui-même. Cet héritier peut donc intenter l'action en retrait qui eût appartenu

à son auteur comme l'aurait intentée celui-ci (1). Ainsi, par exemple, l'héritier légitime d'un enfant naturel peut exercer le retrait successoral contre le cessionnaire du fils légitime de la mère du *de cujus*.

De même les héritiers du cédant, s'ils ont un autre titre qui leur en donne le droit, peuvent écarter des opérations du partage le cessionnaire de leur auteur. Si, par exemple, le cédant, après avoir vendu ses droits à une succession ouverte, meurt et laisse pour héritiers ses cohéritiers dans la succession d'un auteur commun, ceux-ci pourront, quoiqu'ils soient héritiers du cédant, prendre le marché du cessionnaire en vertu de leur titre de cohéritiers. Ainsi Primus a pour héritiers Secundus, Tertius et Quartus. Tertius cède ses droits à la succession de Primus et, avant que le retrait n'ait été exercé, il meurt laissant aussi pour héritiers Secundus et Quartus, ses cohéritiers dans la succession de Primus. Bien qu'il soit héritier de Tertius, Secundus, par exemple, pourra exercer le retrait contre le cessionnaire des droits de Tertius à la succession de Primus, comme héritier direct de ce dernier.

Par application de ces mêmes principes, nous déciderons encore que si un des héritiers qui pouvaient exercer le retrait décède et qu'un de ceux qui sont appelés à sa succession aliène les droits qu'il a dans cette seconde succession comme ceux auxquels il peut prétendre dans la première du chef de son

(1) Demolombe. t. 4; n° 62.

auteur, les cohéritiers de cet héritier cédant pourront écarter le cessionnaire, soit que la cession des deux parts ait été faite pour un seul et même prix, soit qu'elle ait été faite pour des prix différents.

Enfin, l'héritier peut intenter l'action en subrogation, quelle que soit l'importance des droits auxquels il peut prétendre ; quelque minime que puisse être la part qu'il est appelé à recueillir, quelle que soit la nature de la succession, qu'elle soit mobilière, immobilière ou mixte. L'héritier peut exercer le retrait même s'il a l'intention de revendre les droits successifs qu'il reprend. Admis et exercé pour repousser les spéculateurs, le retrait sera, dans ce cas, pour celui qui l'exerce, un moyen de spéculation et un cessionnaire non successible sera substitué à un autre ; mais il n'importe ! Le retrayant est héritier ; or tout héritier peut exercer le retrait et tout propriétaire peut vendre (1) ; les principes qui régissent notre matière ne laissent subsister aucun doute. D'ailleurs, le retrayant pourra choisir son cessionnaire et lui dicter les conditions du marché tandis qu'il est obligé de se soumettre, s'il n'exerce le retrait contre lui, aux prétentions même vexatoires du cessionnaire de son cohéritier.

Les héritiers seuls peuvent donc intenter l'action en subrogation ; ils peuvent l'intenter ensemble ; l'un d'eux peut l'intenter au nom de tous ; l'un d'eux peut l'intenter dans son intérêt exclusif. Le cessionnaire

(1) D. 57. 2. 214.

ne pourrait la repousser, en prétendant qu'elle n'est pas recevable parce que tous les cohéritiers ne l'attaquent pas en même temps ou en soutenant que les prétentions du demandeur doivent être réduites proportionnellement à la part héréditaire que ce dernier est appelé à recueillir. Le retrait serait, en effet, inefficace et n'atteindrait pas le but auquel il est destiné s'il ne s'appliquait pas à la cession tout entière (1).

Si tous les cohéritiers l'exercent d'un commun accord, les droits successifs vendus seront partagés entre tous par part virile ; car chaque héritier a le droit d'agir pour le tout. Sa part héréditaire ne doit donc pas être prise en considération.

Si quelques uns d'entre eux intentent seuls l'action en subrogation, les droits cédés seront également divisés par part virile entre ceux qui l'auront intentée (2).

Si, enfin, un seul héritier l'intente, il profitera seul des avantages qui lui aura procurés l'exercice du retrait. Ces avantages pourront être considérables ; car le prix de vente que le retrayant devra rembourser au cessionnaire sera généralement minime et de beaucoup inférieur à la valeur des droits cédés ; aussi certains jurisconsultes ont-ils refusé à l'héritier le plus diligent le droit de s'approprier ainsi à son profit exclusif le bénéfice du retrait.

(1) Demolombe. T. 4. p. 66 et suiv.

(2) Laurent, t. 40, n° 372.

Ils invoquent à l'appui de leur opinion la loi *Familiæ Eriscundæ : Prospicere debet judex ut quod unus ex re hereditariâ percepit stipulatus estve, non ad ejus solius lucrum pertineat* (1) ; ils rappellent que, dans l'ancien droit, celui qui avait exercé le retrait lignager contre le cessionnaire d'un copartageant appartenant à une autre ligne, devait partager les bénéfices de son action avec les membres de sa ligne ; ils prétendent, enfin, que l'égalité est l'âme des partages et qu'attribuer à un seul copartageant les avantages résultant du retrait c'est détruire cette égalité.

Ces considérations sont certainement sérieuses, mais elles ne sont point décisives. L'art 841 dit expressément que le retrait peut être exercé « soit par tous les cohéritiers, soit par l'un d'eux » ; or, en conférant à chacun des cohéritiers le droit d'exercer le retrait, ce texte semble attribuer à celui-là seul qui l'exerce les bénéfices qui résultent de son action. Le retrayant peut, en outre, invoquer l'ancienne maxime : *quem sequuntur commoda, eundem sequi debent incommoda*. Si, en effet, la valeur des droits successifs que le retrait lui fait acquérir était inférieure au prix qu'il doit rembourser au cessionnaire, il ne serait pas fondé à exiger que ses cohéritiers l'indemnisent du préjudice qu'il subit. D'ailleurs, si le cohéritier retrayant avait acquis la part d'un de ses cohéritiers en contractant directement avec lui, il ne serait pas obligé de partager cette part avec les autres cohéri-

(1) L. 49, D. L. 40, T. 2.

tiers ; pourquoi, dès lors, le serait-il quand il l'acquiert indirectement (1) ? Enfin, l'objection basée sur le principe qui règle les rapports entre copartageants ne saurait retenir notre attention, car ce principe ne subit aucune atteinte. Le législateur a voulu que les opérations du partage ne fussent point troublées par les entraves qu'un non-successible pourrait y apporter ; or, à ce point de vue, l'égalité règne entre les copartageants : le retrait, exercé par l'un d'eux, profite à tous puisque tous avaient le même intérêt à ce que ce non successible, retrayé, ne puisse s'immiscer dans les opérations de ce partage.

Les cohéritiers peuvent, d'ailleurs, se joindre au retrayant et agir de concert avec lui. Les avantages que procure le retrait ne constituent un droit acquis pour celui qui l'exerce que du jour où le retrait est consommé. Tant que le cessionnaire n'a pas acquiescé à la demande qui lui est faite ou tant qu'une décision judiciaire définitive n'a pas encore autorisé le retrait, l'action des autres héritiers est recevable, les causes seront jointes et le juge statuera par une seule décision, attribuant à chacun des divers ayant-droits la part qui lui revient (2).

Cependant certains auteurs (3), à l'instar de quelques coutumes, admettent que ce droit de retrait est acquis

(1) Laurent, t. 10, n° 374.

(2) Touillier, t. 2, n° 438. — Demolombe, t. 4, p. 73. — Limoges, 30 Juin 1852, D. 54. 2. 109. — Périgueux, 11 Décembre 1884. Gazette du Palais, 85. 1. suppl. 78. — Espalion 22 Janvier 1886. Gaz. Pal. 86. I. 366. — Baudry Lacantinerie et Alb. Wahl. Successions, t. 2. n° 3400.

(3) Duranton, t. 7, n° 139. — Laurent t. 10, n° 373.

au cohéritier dès qu'il a adressé sommation au cessionnaire d'avoir à renoncer en sa faveur au marché qu'il a conclu. Il suffit, d'après eux, qu'un cohéritier formule le premier sa demande pour qu'il puisse s'approprier exclusivement les droits du cédant. « Le retrait s'opérant sans le consentement du retrayé, a lieu dès que le retrayant manifeste sa volonté. » Ce raisonnement repose sur une confusion. Si le retrait s'opère sans le consentement du retrayé, il ne s'opère pas par cela même dès que le retrayant a manifesté sa volonté ; car il est certain que celui-ci peut changer d'intention et que la décision qu'il a prise n'est pas encore irrévocable.

CHAPITRE III.

Contre qui le retrait successoral peut-il être exercé ?

Pour qu'un cohéritier puisse « écarter du partage toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier a cédé son droit à la succession », il faut, évidemment, que ce cessionnaire ait acquis « un droit à la succession », qu'il soit l'ayant-cause d'un héritier et qu'il ne soit pas appelé *proprio jure* à la succession ; mais, indépendamment de ces trois conditions fondamentales, l'article 841 en exige implicitement une quatrième : le cessionnaire doit avoir acquis les droits du cédant à titre onéreux.

I. — Le Cessionnaire doit avoir acquis des droits successifs.

La cession doit comprendre des droits successifs ; le cohéritier doit, d'après l'article 841, « avoir cédé son droit à la succession. » C'est, en effet, la succession, c'est-à-dire cette universalité des droits et des biens du défunt qui est l'objet du partage : *Hæreditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuit*, et le cessionnaire ne peut se

présenter à ce partage qu'autant que le cédant lui a transmis des droits à cette universalité.

Le retrait successoral est un droit exorbitant ; le texte de loi qui l'établit doit donc être interprété limitativement et, de ce qu'il ne prévoit que la cession de droits successifs, « de droit à une succession », nous devons conclure qu'il est inapplicable aux cessions de parts dans toute autre masse indivise, dans une communauté conjugale ou une société par exemple (1). « La disposition de l'article 841, dit la Cour de Cassation, est exceptionnelle et évidemment contraire au droit commun, puisqu'elle tend à priver l'acquéreur de l'avantage d'un traité autorisé par la loi pour en faire profiter à son préjudice un tiers qui n'y a point été partie. »

« Cependant les règles du partage des successions régissent, dit-on, tous les partages et l'article 841 doit s'appliquer à celui d'une société ou d'une communauté comme à celui d'une hérédité. Les mobiles auxquels a obéi le législateur quand il a édicté ce texte l'ont amené à en faire une disposition générale, car les dangers qu'il a voulu éviter lorsqu'une succession devait être partagée, doivent également être redoutés quand la masse partageable est une communauté ou une société. » Nous ne croyons, pourtant, pas qu'il y ait lieu de déroger au principe général qui permet à chacun de céder ses droits à un tiers, lorsque la masse partageable est une

(1) Aubry et Rau t. 4 p. 517 § 621 ter.

société ou une communauté. Dans le premier cas, en effet, le tiers cessionnaire d'une part sociale, loin de connaître, comme le cessionnaire d'une part héréditaire, les mystères les plus profonds et les secrets les plus intimes de toute une vie, n'apprendra, même s'il compulse avec le soin le plus scrupuleux tous les livres de la société, que quelques faits isolés et que quelques opérations particulières. « Il n'y a pas, dit M. Laurent, de secret dans une société où tout est patent, écrit et consigné dans des livres (1) ». De plus, l'article 1872 qui applique au partage entre associés les règles du partage des successions, la forme de ce partage, les obligations qui en résultent ne mentionne pas le retrait successoral (2).

D'autre part, l'article 1476 qui étend au partage de la communauté les règles qui régissent la licitation des immeubles, les formes et les effets du partage, la garantie et la soulte quand la masse partageable est une succession, ne parle pas plus du retrait que l'article 1872 ; et, cependant, ici encore, les règles communes sont scrupuleusement énumérées (3). Cette omission ne peut, d'ailleurs, surprendre personne ; car le retrait successoral ne concerne pas le partage, il n'en est ni une forme ni une opération accessoire. Si le législateur avait voulu autoriser la subrogation dès

(1) Laurent, t. 10, n° 343.

(2) Dalloz Successions Repert. Général, n° 1944. 1^o — Contrà Riom 23 Novembre 1848. D. 49. 2. 50. — S 49. 2 85. — Agen 13 Juin 1892 Gaz. du Palais. 92. 2. 145. — Dalloz, v° Succession, n° 1870.

(3) Laurent. T. 10. n° 343. — Dalloz Succession, n° 1869.

que la cession aurait révélé au cessionnaire les affaires d'une famille et s'il avait voulu étendre l'exception qu'apportait au droit commun l'article 841, il aurait posé un principal général et n'aurait pas usé de termes qui limitent cette exception à la cession « d'un droit à une succession », faite par un « cohéritier ». Le retrait successoral ne peut donc être exercé, si, par exemple, la communauté est dissoute par le divorce, par un des époux contre le cessionnaire de l'autre.

Puisque telle est la portée de l'article 841, puisque ses termes sont limitatifs et ne peuvent être étendus d'un cas à un autre, même par analogie, nous avons à peine besoin d'ajouter que le retrait ne peut être exercé contre le cessionnaire d'une part indivise dans un objet déterminé (1). Si deux personnes ont acheté ensemble un immeuble et que l'une d'elles cède sa part indivise, il est évident que l'autre ne pourra exercer le retrait contre le cessionnaire.

Il en est ainsi même quand ce bien indivis est un bien qui fait partie d'une succession qui doit être partagée. Certains auteurs, invoquant la lettre de l'article 841, prétendent, il est vrai, que le retrait peut être exercé contre le cessionnaire d'une portion indivise dans un immeuble de la succession par exemple. « Ce cessionnaire, disent-ils, a acquis une partie des droits du cédant. Le marché qu'il a passé

(1) Baudry Lacantinerie et A. Wahl, Successions, t. 2, p. 601 et notes citées.

a pour objet un droit de co-propriété sur des biens successifs, droit dont l'étendue ne peut être déterminée que par le partage. De plus, la validité de la cession est subordonnée au lotissement; si l'immeuble vendu n'échoit pas au cédant, la cession est nulle et non avenue. Ce cessionnaire exercera donc une surveillance constante et ses réclamations seront rigoureuses et incessantes. »

MM. Marcadé (1) et Chabot (2) émettent une autre opinion et établissent une distinction qu'ils basent sur des circonstances de fait. D'après eux, si, au moment de la cession, le partage était terminé, le cessionnaire des droits d'un cohéritier dans un ou plusieurs biens de la succession ne serait pas exposé au retrait. Il ne le serait pas davantage si la liquidation n'était pas encore faite et s'il consentait à n'intervenir au partage qu'au moment du tirage au sort et de l'attribution des lots. Il le serait, au contraire, s'il voulait assister à toutes les opérations.

Nous croyons que le cessionnaire des droits d'un cohéritier dans un ou plusieurs biens de la succession ne peut jamais être retrayé. L'article 841, en effet, autorise le retrait contre le cessionnaire « d'un droit à la succession. » Or telle n'est pas la situation du cessionnaire d'une part dans un objet déterminé : celui-ci peut provoquer le partage de ce bien, mais il ne peut demander le partage de la succession (3);

(1) Marcadé, art. 841, n° 2.

(2) Chabot, art. 841, nos 8 et 9.

(3) D. 47. 2. 85; 51. 2. 151; 94. 2, 167. — Laurent, t. 40, n° 364.

il n'est pas subrogé dans les droits du cédant ; il ne peut prétendre aux autres biens héréditaires ni exercer les actions de la succession.

C'est pourquoi nous dirons que la cession d'un cabinet d'affaires, des meubles qui garnissent le bureau du défunt et du bail de cet appartement, cession dont l'objet est certain et déterminé, n'est pas passible du retrait (1).

De même le retrait ne pourrait être exercé à l'occasion d'une vente consentie par un cohéritier de sa part dans les immeubles de la succession situés dans tel arrondissement.

Quand certains objets ont été omis intentionnellement du partage, la cession que fait l'un des communistes de ses droits sur ces objets n'est pas passible de retrait. Le cédant n'a pas, en effet, cédé « son droit à la succession », puisque le partage de la succession est terminé et que les droits des cohéritiers sont liquidés. Ces objets, demeurés indivis, forment une communauté spéciale et la cession ne porte que sur des corps certains et déterminés sur lesquels les communistes ont un simple droit de co-propriété. Dès lors le cessionnaire de ce droit ne peut pénétrer les secrets d'une famille ni entraver les opérations d'un partage de succession (2).

(1) D. 70. 1. 422.

(2) D. 62. I. 335. — Nevers 23 Nov. 1891 : Journal La Loi : 10 Décembre 1891. — Chambéry 30 Décembre 1891 : Journal de Chambéry 1891, p. 62.

Le retrait peut, au contraire, être exercé contre tout cessionnaire d'un droit à une succession et il n'est pas nécessaire que la cession consentie par un cohéritier à un non successible comprenne toute la part de ce cohéritier, il suffit qu'elle porte sur une fraction de sa part et qu'elle donne au cessionnaire le droit de provoquer le partage et d'en suivre toutes les opérations (1). L'article 841 s'applique à toutes les cessions qui permettent au cessionnaire de s'immiscer dans les opérations de ce partage et, par conséquent, de les troubler ; or, soit qu'il ait acquis toute la part d'un cohéritier, soit qu'il n'en ait acquis qu'une partie, la moitié ou le tiers par exemple, le cessionnaire peut compulser tous les papiers domestiques, pénétrer et divulguer les secrets les plus intimes, critiquer et entraver les opérations de la liquidation. Les cohéritiers seraient donc fondés à invoquer à l'appui de l'action en retrait qu'ils intenteraient contre lui le texte et l'esprit de l'article 841.

Le cessionnaire peut alors être retrayé, quelles que soient la nature et l'espèce des droit cédés. Ainsi quand le défunt lègue à un tiers tout son mobilier en pleine propriété et tous ses immeubles en usufruit, ses héritiers n'ont droit qu'à la nue-propriété des immeubles. Si l'un d'eux cède à un tiers sa part indivise dans cette nue-propriété, les autres cohéritiers pourront exercer le retrait contre le cessionnaire. La cession, bien que réduite à une nue-propriété, n'est

(1) Laurent t. 10, n° 363. — Baudry Lacantinerie et Albert Wahl. Successions, t. 2. p. 601 et notes citées. — D. 94. 2. 167.

pas, en effet, une cession à titre particulier, mais une cession qui comprend l'intégralité des droits du cédant dans la succession et qui donne au cessionnaire le droit de se présenter au partage et même de le provoquer.

Le retrait peut-être exercé pour les mêmes raisons si la succession ne se compose que d'immeubles et si le cohéritier vend sa part dans ces immeubles en les désignant. Dans une matière où la fraude est facile et fréquente, les juges doivent considérer non pas ce que les parties ont déclaré dans leur contrat, mais, en réalité, ce qu'elles ont fait et voulu faire. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation en autorisant le retrait lors d'une cession qui, portant sur des biens déterminés, s'étendait, en fait, à tous les meubles ou tous les immeubles du défunt (1). « L'énumération détaillée, a-t-elle dit, n'ôte point à la vente son caractère de vente de droits successifs ; autrement, il dépendrait des parties d'éluder et d'anéantir les effets de l'article 841. Les parties, en énumérant les objets cédés dans l'acte de cession, n'ont pas modifié le caractère et la portée de la vente. Si tous les biens, meubles ou immeubles, sur lesquels l'héritier avait un droit indivis sont ainsi détaillés, la cession comprend l'universalité des droits héréditaires ; elle permet au cessionnaire de provoquer le partage ou d'y intervenir ; elle est donc

(1) D. 48. 1. 125. — Laurent t. 10 n° 365. — Dalloz. V° Succession. n° 1928.

Baudry Lacantinerie et A Wahl. op. cit. p. 603. —
Rennes 15 Janvier 1880 S. 81. 2. 185.

passible du retrait ». « Ce serait une fraude trop facile, disait Merlin, s'il suffisait à un cohéritier de déclarer qu'il vend tous les biens qui lui appartiennent en France de par la succession du défunt, alors qu'il sait parfaitement que ce défunt ne laisse aucun bien hors du territoire français. »

En un mot, le retrait successoral peut être exercé quand la cession s'étend, en fait, à l'universalité des droits du cédant, quelle que soit la nature, l'espèce, la quantité des biens cédés ; même quand les parties contractantes semblent avoir voulu, l'une ne vendre, l'autre n'acheter que des biens déterminés ; même encore quand la cession ne porterait que sur la part indivise qu'à un héritier dans un immeuble de la succession, si cet immeuble composait tout l'actif de cette succession (1).

Mais si un héritier, après avoir cédé un objet certain et déterminé, cédait par un autre acte l'universalité de ses droits, cette seconde cession seule serait passible du retrait ; car l'héritier a fait deux ventes complètement distinctes et indépendantes l'une de l'autre et la seconde seule a pour objet « son droit à la succession ».

D'autre part, si la cession comprend d'autres biens que les droits successifs du cédant et si elle a été faite pour un seul et même prix, les cohéritiers peuvent encore intenter l'action en subrogation contre le cessionnaire ; mais, en pareil cas, les juges ordonneront une venti-

(1) Cass. 23 Mars 1870, D. 70. 1. 422.

lation pour déterminer les biens qui peuvent être l'objet du retrait et l'indemnité que le retrayant doit allouer au retrayé (1).

Enfin, si le cédant a abandonné, en même temps que ses droits à la succession, ceux qu'il aurait acquis à la suite d'un retrait qu'il aurait lui-même exercé, l'action en subrogation pourra encore être intentée ; mais elle devra l'être pour le tout, le retrait ne pourrait être exercé pour partie (2).

II. — La cession doit avoir été faite par un héritier.

Pour que le retrait puisse être exercé, il faut donc que la cession ait eu pour objet « un droit à la succession » ; mais, pour que l'objet de la cession puisse être tel, il faut évidemment qu'elle ait été consentie par un héritier. Cette seconde condition n'est que le corollaire de la première.

Le mot héritier doit ici encore être entendu *lato sensu* ; il désigne tous ceux qui succèdent au défunt *in universum jus*, soit qu'ils soient saisis, soit qu'ils n'aient point la saisine.

Seront donc soumises au retrait les cessions faites par l'héritier légitime, l'héritier testamentaire, le successeur irrégulier, l'enfant naturel, le conjoint survivant (3). Au contraire, le légataire particulier (4),

(1) D. 52. 2. 116. — 80. 2. 187.

(2) Cass. 12 Août 1868. D. 71, 5, 342.

(3) Baudry Lacantinerie et Albert Wahl Successions T. 2 n° 3357.

(4) Gaz. du Pal. 92. 2. 145. Agen, 13 Juin 1891.

Le légataire d'usufruit par exemple (1), n'est pas héritier ; par conséquent, s'il cède son droit, le cessionnaire n'acquiert qu'un bien spécial et déterminé ; il ne peut donc participer aux opérations du partage ni, dès lors, être retrayé (2).

La cession est encore censée faite par un héritier quand le cessionnaire a acquis ses droits par voie d'adjudication publique et aux enchères. « Un doute sérieux peut s'élever, dit M. Demolombe (3), quand il s'agit d'une adjudication faite en justice, lorsque, par exemple, les droits successifs échus à une personne, décédée depuis, se trouvent dans sa succession qui n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire et que l'héritier ou les héritiers bénéficiaires les ont vendus en justice, suivant les formes tracées par le Code de Procédure. . . . L'adjudicataire en cas pareil sera-t-il soumis au retrait ? . . . C'est contestable. . . . L'article 841 semble-t-il avoir en vue une adjudication faite en justice lorsqu'il dispose pour le cas où un cohéritier aurait cédé son droit à la succession ; n'est-ce pas alors la justice qui vend et l'adjudication judiciaire est-elle bien une cession dans le sens technique du mot ? En second lieu, les motifs qui ont dicté l'article 841 ne nous semblent pas non plus se présenter dans ce cas à beaucoup près avec la même force ; c'est ainsi que Pothier enseignait « que l'adjudicataire des droits litigieux n'est pas soumis au

(1) Chambéry 12 Février 1878. D. 79. 2. 201.

(2) Laurent t. 10 n° 359. — Dalloz V° Succession n°s 1945, 1947, 1948.

(3) Demolombe t. 4 n° 100.

retrait parce qu'il ne peut être regardé comme un odieux acheteur de droits litigieux, ayant été par l'affiche et la publication invité en quelque façon par la justice à acquérir (1). » La vérité est aussi que les autres cohéritiers pouvaient, s'ils voulaient écarter un étranger, se rendre eux-mêmes adjudicataires ; car nous supposons une adjudication qui a été annoncée légalement. Et puis, enfin, est-ce qu'il pourrait y avoir une concurrence sérieuse si les étrangers qui voudraient enchérir étaient sous la menace d'un retrait successoral de la part des autres cohéritiers qui porteraient eux-mêmes des enchères. Ce sont-là, suivant nous, de graves motifs pour croire que le retrait successoral ne pourrait pas être exercé contre celui qui aurait acquis des droits héréditaires par voie d'adjudication judiciaire. »

Nous croyons, au contraire que le retrait successoral peut être exercé contre celui qui a acquis les droits d'un cohéritier dans une adjudication publique. L'adjudication publique, en effet, n'est pas une garantie contre les dangers que le législateur a redoutés ; c'est, au contraire, lors de ces adjudications que l'on rencontrera « ces spéculateurs de profession » dont le législateur a craint la présence aux opérations du partage. Certes, les cohéritiers du cédant auront pu souvent se rendre adjudicataires eux-mêmes ; mais certains d'entre eux et même parfois tous auront pu ignorer l'adjudication. Dans tous les cas, ils ne connaissaient peut-être pas, à cette époque, la per-

(1) Vente n° 596.

sonne de l'adjudicataire et ils ne pouvaient prévoir les difficultés qu'il allait susciter. D'ailleurs, l'adjudicataire est un acquéreur de droits héréditaires ; la cession est faite par justice, il est vrai, mais la justice vend au nom d'un « cohéritier » ; quelle que soit la forme que revêt la vente, elle est toujours faite par un cohéritier ou au nom de celui-ci. Enfin, le retrait litigieux peut-être exercé contre le cessionnaire quand les créances litigieuses ont été vendues en justice comme lorsqu'elles ont été l'objet d'une vente amiable. Nous étendons, par analogie, cette solution au retrait successoral (1).

Au contraire, le retrait successoral ne peut être exercé contre le cessionnaire des droits d'un envoyé en possession provisoire des biens d'un absent. Si un héritier présomptif cède les droits qu'il prétend pouvoir exercer plus tard, ses futurs co-héritiers ne pourront intenter l'action en subrogation que quand ils auront été envoyés en possession définitive ; car ce n'est qu'à cette époque que la succession est réputée ouverte (2).

L'article 841, nous l'avons déjà dit, est une disposition exceptionnelle et exorbitante, elle ne peut par conséquent être étendue ; or il est évident que,

(1) Dalloz. Code Civil annoté art. 1699 n^{os} 15 et suiv. — Supplément n^o 13. 157. — Jurisprud. génér. Retrait litigieux n^o 2024. — Table de 10 années V^o Transport cession n^{os} 33 et suiv. — Nouvelle Table de 10 ans eod. v^o, n^o 36. — Laurent. t. 10 n^o 370. — Baudry Lacantinerie et A. Wahl Successions. t. 2. n^o 3348. — S. 44. 1. 605.

(2) D. 47. 4. 426 ; 56. 2. 202.

d'après la place que ce texte occupe dans le Code et les termes dans lesquels il est conçu, qu'il ne peut s'appliquer qu'aux partages des successions et ne peut être invoqué que par les héritiers. Le partage des biens de l'absent, fait dans la seconde période de l'absence, n'est pas un partage de biens héréditaires et les envoyés en possession provisoire qui ne sont que des dépositaires ne peuvent être assimilés à des héritiers (1). Si l'on examine avec attention l'économie de la loi et si l'on en étudie scrupuleusement les termes, l'on voit que ses dispositions se bornent à prescrire des mesures de tutelle et d'administration pour la conservation des biens. Les héritiers présomptifs sont, de préférence à tous autres, envoyés en possession de ces biens parce que le législateur a pensé que les liens de parenté qui unissent ces derniers à l'absent et leur vocation héréditaire lui permettaient d'espérer de leur part une surveillance plus sévère, une administration plus sage et des soins plus attentifs ; mais la succession de l'absent n'est pas ouverte, car sa mort n'est pas certaine ; aussi l'article 124 décide-t-il que la communauté n'est pas dissoute s'il plait à l'épouse commune en biens d'opter pour la continuation de ce régime plutôt que d'en demander la dissolution (2).

Ce n'est qu'à la troisième période, c'est-à-dire quand trente ans sont écoulés depuis l'envoi en possession provisoire ou cent ans depuis la naissance

(1) Article 125 C. Civ.

(2) Art. 129 C. Civ.

de l'absent, que celui-ci est présumé avoir cessé d'exister et que le partage de ses biens peut être effectué. Les pouvoirs d'administration confiés à ses héritiers présomptifs leur sont alors retirés et les cautions sont déchargées. Ces mêmes héritiers présomptifs ne sont plus de simples dépositaires ; ils vont devenir propriétaires des biens du présumé défunt et tous les ayant droits peuvent, aux termes de l'article 129 du Code Civil, demander la liquidation de la succession. Tout partage fait auparavant ne serait qu'un partage de jouissance, mais ne pourrait être assimilé à un partage de biens héréditaires. Les héritiers présomptifs ne seraient donc pas fondés à vouloir exercer avant cette époque le retrait successoral, car la cession n'aurait pas été faite, à proprement parler, par un cohéritier, la succession n'étant pas ouverte.

III — La Cession doit avoir été faite à titre onéreux.

Il ne suffit pas que la cession ait pour objet des droits héréditaires ; il faut encore qu'elle ait été faite à titre onéreux. Le cessionnaire à titre gratuit ne peut être retrayé. *Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes hujusmodi legi locum non esse*, disaient les lois romaines (1) et Pothier ajoutait : « Le retrait étant le droit de prendre le marché d'un autre, la donation qui n'est pas un marché n'en est pas susceptible ; d'ailleurs la liberté naturelle que

(1) L. 22 et 23 C. Mandati.

chacun doit avoir de disposer, comme bon lui semble, de sa chose, recevrait une très grande atteinte si le retrait était exercé contre la donation, le donateur ayant voulu faire passer sa chose au donataire par une considération toute personnelle pour lui ; au lieu que, dans le contrat de vente, le vendeur est présumé n'avoir d'autre intention que d'avoir le prix qu'il s'est proposé d'avoir, il n'y a aucune considération personnelle pour la personne de l'acheteur ; pourvu que le vendeur ait ce prix, il ne lui importe pas que ce soit à l'acquéreur ou à un autre que cet héritage passe (1). » D'ailleurs, le mot céder qu'emploie l'article 841 est synonyme du mot vendre, puisque le législateur impose au retrayant l'obligation de rembourser le cessionnaire et que ce retrayant ne peut rien rembourser à un donataire. D'autre part, le retrayant seul bénéficierait de la donation faite par l'héritier ; or la loi n'a pu consacrer une telle injustice et attribuer à tout autre que celui à qui elle était faite le profit d'une libéralité (2).

Le donataire de droits héréditaires ne peut donc être écarté des opérations du partage ; mais si le cessionnaire à titre gratuit cède lui-même à titre onéreux la part qui lui a été donnée, cette seconde cession sera passible du retrait. Donataire, ayant-cause, le second cédant ne peut transférer à son

(1) Pothier Retraits n° 104 — Fiefs, partie II, Ch. 2, art. 11 § 1 — Vente n° 591. — Introd. au Tit. 18 de le Cout. d'Orléans n° 15.

(2) Laurent t. 10 N° 367. — Baudry Lacantinerie et A. Wahl Successions, t. 2, N° 3344.

cessionnaire plus de droits que n'en avait son propre auteur. Or, si celui-ci lui avait cédé ses droits à titre onéreux, au lieu de lui en faire don, le retrait aurait pu être exercé à l'occasion de cette première cession. Donc le donataire ne peut pas plus que son auteur conférer à un non-successeur le droit de s'immiscer dans les opérations du partage, en lui cédant à titre onéreux les droits qu'il a acquis à titre gratuit. Il est vrai que le retrait successoral ne peut être exercé, comme nous l'avons déjà dit, que contre le cessionnaire d'un cohéritier et que, dans notre hypothèse, le cessionnaire est l'ayant-cause d'un donataire ; mais Merlin, qui avait prévu cette objection, la réfutait en disant que : « si le cessionnaire n'avait pas acheté d'un cohéritier, il avait acquis du cessionnaire de ce cohéritier et qu'il devait, par suite, être traité comme s'il avait acheté directement du cohéritier. (1) »

Le retrait pourrait encore être exercé contre le sous-cessionnaire à titre gratuit du cessionnaire à titre onéreux ; celui-ci, en effet, est l'ayant-cause d'un cessionnaire qui pouvait être retrayé et qui n'a pu lui transmettre ses droits qu'avec les charges qui les grevaient et, par conséquent, sujets à retrait.

Il résulte de ces prémisses qu'une cession qui aurait emprunté la forme ou les apparences d'une donation mais qui, en réalité, serait une cession

(1) Baudry Lacantinerie et A. Wahl. Successions t. 2. N° 3344.

(2) Chambéry, 12 Fév. 1878. D. 79. 2. 201.

à titre onéreux, serait évidemment soumise au retrait (1).

Le cédant peut, pourtant, imposer certaines charges au donataire. Ainsi l'acte par lequel une personne déclare faire abandon de ses droits héréditaires en faveur d'une autre, à charge par ce cessionnaire de servir au cédant une rente viagère, peut être considéré, selon les circonstances, tantôt comme une donation, tantôt comme une vente (2). La loi n'a tracé aucune limite aux charges que le donataire pouvait supporter. Les tribunaux, appelés à décider si la cession a été faite à titre gratuit ou à titre onéreux, s'inspireront des circonstances de fait ; ils ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation. S'ils estiment que les charges sont l'équivalent de la valeur des droits cédés, ils déclareront que la cession a été faite à titre onéreux (3).

La cession est encore à titre onéreux bien que le prix stipulé ne soit pas une somme d'argent. Ainsi le retrait successoral peut être exercé alors que la cession a été faite par voie d'échange (4), comme, par exemple, quand le cessionnaire s'est obligé envers le cédant à lui donner un immeuble pour le remplir de ce qu'il lui devait à l'occasion de la cession (5).

(1) Duranton t. 7 N° 495. — Baudry Lacantinerie et A. Wahl. Successions t. 2 N° 3342.

(2) Demolombe n° 413.

(3) Laurent, t. 10, n° 367.

(4) id. id. n° 369.

(5) D. 57. 2. 116. — 72. 2. 239. — Baudry et A. Wahl op. citat. n° 3349.

De même encore, l'héritier a pu céder son droit à la succession à condition que le cessionnaire s'engage à faire un ouvrage quelconque. Si l'importance de l'ouvrage à effectuer équivaut à la valeur des droits cédés, il est évident que, dans ce cas, le retrait peut être exercé, car la cession est à titre onéreux (1).

La cession est encore à titre onéreux quand le cédant a transmis ses droits au cessionnaire pour s'acquitter d'une dette contractée envers lui (2).

Mais le cessionnaire qui aurait acquis à titre onéreux un droit à une succession ne pourrait être retrayé si un autre titre lui permettait de s'immiscer dans les opérations du partage. Supposons, par exemple, qu'après avoir acquis les droits d'un cohéritier à titre gratuit, il acquiert ceux d'un autre à titre onéreux, le retrait ne pourra être exercé à l'occasion de cette seconde cession, quoique, par elle-même, elle ne jouisse pas du même privilège que la première (3). Le droit d'intervenir au partage est, en effet, définitivement acquis par ce cessionnaire et le retrayant n'a dès lors aucun intérêt à exercer le retrait ; or sans intérêt pas d'action. La solution serait la même si la cession à titre gratuit avait suivi la cession à titre onéreux, au lieu de la précéder. De même, le cessionnaire ne pourrait être retrayé s'il avait acquis une partie des droits d'un héritier à titre onéreux mais l'autre partie à titre gratuit. Il est vrai que, dans ce

(1) Demolombe, t. 4 n° 116. — Baudry et A. Wahl op. citat. n° 3349.

(2) Aubry et Rau § 621 ter, p. 521.

(3) Contra, Baudry, Lacantinerie et A. Wahl, op. cit. N° 3345.

cas, tromper est chose facile et l'on pourrait à bon droit suspecter ces contrats que Justinien qualifiait de contrats : faits en fraude de la loi. Pothier les attaquait également, il craignait même « que la loi ne soit toujours éludée et que la clause devienne de style. (1) » Il est facile, en effet, pour les deux contractants de convenir que le vendeur se réservera une partie de son droit à la succession, le tiers par exemple, et qu'il le transmettra à l'acheteur à titre gratuit, dès que ses cohéritiers manifesteront l'intention d'exercer le retrait. Aussi, M. Troplong ne tenait aucun compte de cette donation postérieure quand la cession avait pour objet des droits litigieux ; il appliquait l'ancienne maxime : *Res litigiosa in totum donari potest, pro parte vendi non potest* (2). Nous ne saurions, pourtant, admettre cette opinion ; car le législateur seul peut créer une exception à un principe. Le juge appelé à statuer décidera toutefois, d'après les circonstances de la cause, si la maxime : *Fraus omnia corrumpit* peut être appliquée et les cohéritiers qui voudront exercer le retrait, pourront faire la preuve de la simulation par témoins et même par simples présomptions (3).

Si le vendeur, postérieurement à la cession, accordait gratuitement à l'acheteur sa libération, nous croyons que le retrait pourrait encore être exercé ; la cession, en effet, a été faite à titre onéreux et le cessionnaire est

(1) Pothier, Vente, N° 592.

(2) Troplong, Vente, t. 2, N° 1009.

(3) Art. 1348 et 1353.

donataire non pas du droit à la succession, mais du prix de la cession (1).

Supposons enfin que le cédant vende son droit à la succession moyennant un prix déterminé et que, quelques jours plus tard, il fasse un second acte dans lequel, reconnaissant que ce prix est de beaucoup inférieur à la valeur des droits cédés, il déclare faire donation au cessionnaire de la plus-value, cette donation empêcherait-elle un cohéritier d'exercer le retrait ? Nous ne le croyons pas, car les lois romaines portaient que : « s'il y a donation de la plus-value après une vente de droits litigieux, cette donation est réputée simulée et faite uniquement dans le but de soustraire le prétendu donataire à l'exercice du retrait. » Nous pensons que cette disposition doit être étendue au retrait successoral. En effet, le contrat était parfait avant la donation, le consentement des parties avait été échangé, l'objet était connu, le prix était fixé. Or, le cédant a voulu vendre ses droits, le cessionnaire les acheter ; il les a donc acquis à titre onéreux ; il est, par conséquent, soumis au retrait. D'ailleurs, tant qu'une succession n'est pas liquidée et partagée, l'importance des biens que chaque héritier est appelé à recueillir n'est pas déterminée et le prix de la cession peut toujours être inférieur à la valeur des droits cédés. D'autre part, le cessionnaire ne contracte jamais sans avoir l'espoir de tirer profit de son achat ; le vendeur, en cédant ses

(1) Pothier Retraits N° 109. Introduction à la coutume d'Orléans N° 15 T. 18.

droits, peut toujours redouter quelque préjudice ; mais le contrat n'en est pas moins conclu et parfait. En réalité, cette donation accompagne toujours le contrat de vente ; il importe peu qu'elle soit expresse ou tacite, postérieure ou concomitante ; elle n'exerce aucune influence sur la nature et la validité de l'acte que les parties ont voulu faire.

IV. — La cession doit avoir été faite à un non-successible.

L'article 841 dit : « Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible..... peut être écartée des opérations du partage. » L'action en subrogation ne peut donc être intentée que si le cessionnaire n'est pas appelé *proprio jure* à la succession. On comprend facilement que le retrait ne puisse être exercé contre un successible ; car il ne produirait aucun effet. Retrayé comme cessionnaire, celui-ci se représenterait au partage comme héritier en vertu de sa vocation héréditaire et, à ce titre, il ne pourrait être écarté (1). On comprend aussi que le retrait puisse être exercé même contre un parent du défunt s'il n'est pas son successible, car si la parenté est une garantie contre la divulgation des secrets de famille, elle n'en est pas une contre l'avidité du spéculateur (2).

(1) Aubry et Rau, t. 4 § 621 ter, p. 519. — Laurent t. 10 nos 344 et 376.

(2) Laurent t. 10 n° 344 — Baudry Lacantinerie et A. Wahl, Successions, t. 2, n° 3361 et 3362.

Le retrait ne serait donc pas recevable si, par exemple, le cessionnaire à titre onéreux d'un droit à la succession était un des héritiers ab intestat ; un des héritiers testamentaires ; un des successeurs irréguliers ; l'héritier réservataire exclu même expressément par le défunt, car, nous l'avons dit, l'héritier réservataire ne peut être dépouillé de son droit ; l'héritier non réservataire exclu tacitement par des dispositions à titre particulier qui absorbent l'actif de la succession (1), car il est et demeure héritier et a droit aux biens dont le testateur n'a peut-être pas disposé et au montant des legs dont les titulaires sont déchus.

Le retrait pourrait, au contraire, être exercé contre l'héritier non réservataire exclu directement ou par des dispositions universelles ou à titre universel qui embrassent tous les biens laissés par le de cujus, et devenu cessionnaire de la part d'un de ces héritiers testamentaires (2).

Le retrait peut encore être exercé contre l'héritier qui, avant d'acquérir ou après avoir acquis la part d'un de ses cohéritiers, renonce à la succession (3) ; contre le successeur déclaré indigne ; contre les héritiers de degré subséquent qui ne viennent pas en ordre utile. Dans ce dernier cas, si le cédant renonçait à la succession en faveur d'un de ces héritiers

(1) D. 61. 1. 473 ; 68. 3. 95.

(2) Demolombe t. 4 n° 25. — *Contra* D. 62. 2. 210 ; 68. 3. 95. — Laurent t. 10 n° 347.

(3) Art. 785.

qui aurait acquis ses droits, l'action en subrogation serait encore recevable, car pour pouvoir vendre son droit à la succession, le cédant a du accepter cette succession ; or *semel heres semper heres* (1).

Il résulte de l'indépendance de la succession anormale et de la succession ordinaire que l'ascendant donateur peut être retrayé par les héritiers appelés à la succession ordinaire, si cet ascendant a acquis les droits d'un de ces héritiers (2).

Si une succession est dévolue à deux lignes, un membre d'une ligne ne peut être écarté des opérations du partage par les membres de l'autre ligne, s'il a acquis les droits d'un des héritiers de cette dernière ligne avant le partage général de la succession. Il en serait autrement si la cession, faite par un héritier d'une ligne à un héritier de l'autre, était postérieure à ce partage ; le retrait pourrait alors être exercé par les héritiers de la ligne du cédant contre le cessionnaire ; celui-ci, en effet, n'est plus leur cohéritier, nous l'avons dit au chapitre précédent (3).

La même distinction est applicable aux successibles des différentes souches ou branches.

(1) Pau. 14 Fév. 1860, S. 61. 2. 113 — D 60. 2. 115. — Cass. Req. 2 Juillet 1862 ; S. 62. 1. 859 — D. 62. 1. 431. — Laurent t. 10 n° 346 — Demante III n° 171 bis.

(2) Demolombe, t. 4 n° 44. — Baudry Lacantinerie et A. Wahl Successions n° 3360.

(3) Laurent t. 10 n° 345. — Pau 14 fév. 1860 ; D. 60. 2. 115. — Cass. 2 Juillet 62 ; D. 62. 1. 431 ; — S. 62. 1. 859.

L'héritier qui a vendu ses droits et à qui son cessionnaire les a rétrocédés ne peut être retrayé, car il est demeuré successible. Pour pouvoir céder ses droits, il a dû accepter la succession et, en les cédant, il n'a pas perdu son titre d'héritier qui est exclusivement attaché à sa personne. Il en est de même s'il acquiert les droits d'un de ses cohéritiers (1).

L'héritier qui a transigé dans une instance en partage, qui a reçu de ses cohéritiers certaines valeurs héréditaires et s'est dit suffisamment apportionné, a aussi conservé son titre d'héritier; il peut donc acquérir les droits d'un autre successible sans craindre le retrait (2).

Le retrait successoral serait, au contraire, irrecevable s'il était dirigé contre celui qui n'était pas successible à l'époque de la cession mais qui l'est devenu depuis cette cession. L'héritier d'un cohéritier défunt ne pourrait être retrayé, même si son auteur n'était pas mort au moment où il a acquis les droits d'un cohéritier de ce dernier; il a désormais, en effet, le droit d'assister à toutes les opérations du partage (3).

Mais il ne suffirait pas pour être à l'abri du retrait de pouvoir à un titre quelconque surveiller les opérations du partage, il faut être successible.

(1) Dalloz v^o Succession. Répert. gén. n^o 1959. — Laurent T. 40 n^o 351.

(2) Baudry Lacantinerie et A. Wahl. Successions n^o 3367.

(3) Demolombe t. 4, n^o 136. — Baudry et A. Wahl, op. cit. n^o 3374 bis.

Ainsi le conjoint d'une femme mariée sous le régime de la communauté légale et appelée à une succession n'est pas héritier bien qu'il puisse, si la succession est mobilière, provoquer seul et sans le concours de celle-ci le partage des biens ; aussi, s'il devenait cessionnaire d'un cohéritier de son épouse, il pourrait être retrayé (1).

Le retrait peut encore être exercé contre le légataire particulier devenu cessionnaire des droits d'un cohéritier, par conséquent contre le légataire d'usufruit, même si cet usufruit porte sur tous les biens de la succession (2).

L'action en subrogation est encore valable quand elle est intentée contre les héritiers du cessionnaire.

De même le créancier d'un cohéritier pourrait être retrayé, s'il acquerrait les droits d'un cohéritier de son débiteur ou de son débiteur lui-même. La disposition de l'article 1701 du Code civil qui interdit l'exercice du retrait litigieux contre un créancier à qui son débiteur a cédé des droits litigieux en paiement de ce qui lui est dû, n'est pas applicable au retrait successoral. « Le créancier, dit pourtant M. Demante, a pour se rendre cessionnaire un motif légitime qui écarte de sa personne toute supposition fâcheuse. Dès lors n'est-il pas juste quand il s'est exposé à une chance de perte, si, par événement,

(1) Riom 9 Mars 1846 ; D. 46. 2. 121. — 1^{er} Décembre 1852. D. 54. 2. 226 ; — 57. 2. 196. — Rennes 15 Janvier et Agen 27 Janvier 1880. D. 80. 2. 187 ; — 81. 2. 114.

(2) Lyon 27 Janvier 1880 ; S. 81. 2. 19. — D. 81. 2. 187. — Baudry Lacantinerie et A. Wahl Successions t. 2. N^o 3370.

l'importance des droits cédés n'égalait pas le montant de sa créance, de lui laisser entières les chances de bénéfice au cas contraire ? D'ailleurs, ajoute-t-il, le créancier d'un des copartageants, ayant qualité pour assister au partage à l'effet de veiller à la conservation des droits de son débiteur (1). pourquoi l'en excluerait-on quand les droits lui ont été transportés ? (2) » Sans doute, le cessionnaire a, dans ce cas, un motif légitime pour assister aux opérations du partage ; mais l'article 841 ne formule aucune exception et le créancier n'est pas successible ; or toute personne qui n'est pas successible peut être écartée du partage (3).

L'art 1701 qui formule, en faveur du créancier, une première exception au droit d'exercer le retrait litigieux, en formule une seconde pour le cas où la cession est faite au possesseur de l'héritage sujet au litige. On a prétendu que cette exception était applicable au retrait successoral. « Il nous semble, au contraire, dit M. Laurent (4), qu'alors même que le cessionnaire serait possesseur le retrait pourrait encore être exercé contre lui. L'article 1701 ne peut pas être étendu par analogie au retrait successoral, parce qu'il consacre des exceptions au retrait litigieux, ce qui suffit déjà pour en restreindre les dispositions à ce retrait ; les exceptions, en effet, ne s'étendent pas, même par analogie.

(1) Art 882.

(2) Demante, t. 3, p. 264, N° 171 bis.

(3) D. 65. 1. 473.— Aubry et Rau, t. 4. § 621 ter, n° 521.

(4) Laurent, t. 10, n° 376.—Baudry Lacantinerie et A Wahl. op. citat. n° 3347.

D'ailleurs cette prétendue analogie n'existe point. Le retrait litigieux ne peut être exercé contre le cessionnaire possesseur de l'héritage, parce que la cession a, dans ce cas, une cause légitime; elle consolide la possession et le cessionnaire ne peut être ici suspect d'avidité. Au contraire, le retrait successoral tend à écarter les étrangers du partage: qu'importe donc que le cessionnaire soit en possession de l'hérédité? Il n'en reste pas moins étranger et non successible. »

Si la cession est faite après que le partage est terminé et si ce partage est annulé postérieurement à la cession, le retrait est encore possible lors du second partage. M. Chabot a, il est vrai, invoqué l'article 1699 qui est applicable au retrait litigieux et l'article 841 qui régit le retrait successoral pour décider que, si la cession est antérieure à la demande en nullité du partage, le cessionnaire ne peut être retrayé (1). « Il n'est pas, dit-il, soumis à l'article 1699 puisque la cession ne porte pas sur des droits litigieux; il n'est pas soumis à l'article 841 puisque la cession ne porte pas sur des droits successifs, mais sur des objets certains et déterminés. Si, au contraire, la cession est postérieure à la demande en nullité, elle sera soumise au retrait litigieux en vertu de l'article 1699 et au retrait successoral en vertu de l'article 841. » Cette distinction ne nous paraît guère fondée. Soit que la cession ait été faite avant que la demande en nullité du partage ait été formulée, soit que cette

(1) Chabot art. 541. N° 12,

cession soit postérieure à la demande en nullité, la solution, croyons-nous, doit être la même. En effet; si la nullité du partage est prononcée, ce partage est réputé n'avoir jamais été fait et « les choses sont remises au même état qu'auparavant. » Un nouveau partage est nécessaire et, dès lors, le cessionnaire est un acquéreur d'un droit à une succession puisque le cédant est censé n'avoir eu et, par conséquent, n'avoir pu lui transmettre que des droits sur une masse héréditaire indivise; or « toute personne qui n'est pas successible et à laquelle un cohéritier a cédé son droit à la succession peut être écartée du partage ». Le cessionnaire, dans notre hypothèse, peut donc être retrayé.

Si le cédant et le cessionnaire avaient inséré dans leur contrat une clause par laquelle ils décidaient que la cession serait non-avenue si le retrait était exercé, l'action du retrayant, dans cette hypothèse, ne serait pas recevable. La validité de cette clause fut longtemps discutée à propos du retrait lignager. Tiraqueau (1) et Grimaudet affirmaient qu'elle était valable, tandis que Pothier en prononçait la nullité (2). La coutume du Nivernais décidait « que les contractants ne peuvent par leurs actions empêcher le dit droit de retrait lignager (3) et Guy Coquille justifiait cette disposition en disant « que nul ne peut faire en ses contrats et affaires que les lois n'aient lieu. » Les

(1) Tiraqueau § 1, glos. 2, n° 59.

(2) Pothier, Retrait lignager, art. 21.

(3) Cout. du Nivernais, Tit. du Retrait lignager, art. 21.

jurisconsultes sont encore divisés aujourd'hui et la plupart invoquent les anciens arguments. Ils ne nous paraissent point, pourtant, décisifs. En effet, un texte est nécessaire pour qu'il soit permis d'annuler une clause insérée dans un acte et qui n'a rien de contraire à l'ordre public. D'autre part, le but du retrait est atteint, puisque, dès que l'action en subrogation est intentée, le cédant seul peut désormais se présenter au partage, comme s'il n'avait jamais cédé ses droits (1).

(1) Baudry Lacantinerie et A. Wahl, Successions, t. 2, n° 3354.

CHAPITRE IV.

Délai dans lequel le retrait successoral doit être exercé.

Le législateur n'a pas déterminé le délai dans lequel le cohéritier doit exercer le retrait contre le cessionnaire de son cohéritier. Dans l'ancien droit, l'action en subrogation était recevable même quand le partage était terminé. « J'estime, disait Lebrun, que cette subrogation des cohéritiers a lieu au cas même que la vente soit faite après que le partage a été exécuté et consommé, par la raison même qu'il peut survenir des difficultés et des garanties. »

M. Chabot, au contraire, déclare que la demande en retrait doit être formulée avant le partage « parce qu'elle a pour but d'en écarter le cessionnaire non successible. »

Pour nous, le retrait peut être exercé dès que les héritiers apprennent qu'un de leurs cohéritiers a cédé son droit à la succession, même si les opérations du partage sont commencées ; mais il ne peut plus l'être dès qu'elles sont terminées.

Et d'abord, le retrait peut être exercé dès que les

héritiers apprennent qu'un de leurs cohéritiers a cédé son droit à la succession ; il n'est pas nécessaire que le cessionnaire provoque le partage ou s'y présente, car le retrait peut être exercé par voie d'action comme par voie d'exception. Il est vrai que, le plus souvent, les retrayants procèdent par voie d'exception et n'usent du droit que leur confère l'article 844 que pour repousser les prétentions du cessionnaire qui veut pénétrer les secrets de la famille ou entraver la liquidation. Fréquemment, en effet, ils n'ont connaissance de la cession que quand le cessionnaire se présente au partage pour réclamer la part de son auteur ; car le cessionnaire n'est pas tenu de notifier aux divers successibles qu'il a acquis les droits d'un de leurs cohéritiers. L'article 1690 ne s'applique pas à la cession de droits successifs. Les cohéritiers ne sont pas, en effet, les débiteurs du cédant et la cession de droits successifs n'est pas une cession de droits dont il faut poursuivre la reconnaissance contre une personne mais une « cession de droits sur quelque chose d'impersonnel ; une succession, c'est-à-dire une masse spéciale et distincte des individus qui sont appelés à la recueillir. »

On a soutenu que l'article 1690, placé au chapitre « De la Vente des Créances et autres Droits », devait s'appliquer à toute vente de droits, quels qu'ils soient, et, par conséquent, à la vente de droits successifs dont le législateur s'occupe dans ce chapitre, mais cet argument est sans valeur. L'article 1699 est aussi compris dans ce même chapitre et, pourtant, il ne peut certainement s'appliquer à toute cession et

autoriser tout débiteur d'une créance cédée, quelle que soit cette créance, « à s'en faire tenir quitte par le cessionnaire en lui remboursant le prix qu'il a payé (1). » Il est évident que l'article 1699 ne s'applique qu'à la cession de droits litigieux et que les articles 1689 à 1695 ne régissent que les créances c'est-à-dire des droits à exercer contre un débiteur.

Le plus souvent donc, les cohéritiers n'apprennent qu'un de leurs cohéritiers a cédé ses droits que quand le cessionnaire se présente au partage ou le provoque et ils n'agissent que par voie d'exception. Mais ils peuvent le savoir plus tôt et exercer le retrait immédiatement et par voie d'action. Le cessionnaire, contre qui l'action en subrogation est intentée, exciperait vainement du défaut de signification de la cession et prétendrait à tort, puisqu'il n'est pas tenu de notifier cette cession aux cohéritiers du cédant, qu'elle est *res inter alios acta* et que, à l'égard des cohéritiers, il n'est pas devenu propriétaire des droits cédés (2). Le transport est opéré, le contrat de cession est parfait, dès que les parties se sont mises d'accord sur la chose et sur le prix. Les cohéritiers sont donc fondés à le retrayer immédiatement ; ils ne sont pas non plus tenus d'attendre que le partage soit commencé.

Cependant, les termes de l'article 841 sont équivoques et il semble que le législateur, en disant que le

(1) Art. 1699.

(2) D. 57. 1. 81.— Baudry Lacantinerie et A. Wahl, Successions, T. 2. n° 3356.

cessionnaire peut être écarté du partage, exige, pour que la demande en retrait soit recevable, que le partage soit commencé ; mais cette équivoque n'est qu'apparente. Les expressions dont s'est servi le législateur indiquent le but qu'il a poursuivi en autorisant le retrait successoral, mais ne forment pas une condition requise par la validité de l'action en subrogation. Les cohéritiers puisent leur droit dans la cession ; ce droit naît au moment où la cession est faite et il peut être exercé immédiatement (1).

Si le cédant et le cessionnaire avaient inséré dans leur contrat la clause suivante : « Il sera loisible au cédant, pendant cinq ans, de reprendre ses droits en remboursant au cessionnaire le prix de la cession », le retrait ne pourrait-il être exercé tant que le délai accordé au vendeur pour user de la faculté de rachat n'est pas expiré ? En d'autres termes, le pacte de réméré est-il opposable au retrayant ? Nous ne le croyons pas. En effet, en vertu de l'article 841 du Code Civil, tout non successible peut être écarté du partage et, en vertu de l'article 815 du même Code, « Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision. » Reconnaître la validité de ce pacte ou plutôt le déclarer opposable au retrayant, ce serait forcer ce dernier à attendre longtemps avant de pouvoir procéder au partage ou le contraindre à y procéder avec un non-successible et l'exposer, sans moyens de défense, aux vexations de ce tiers ; ce serait, par consé-

(1) D. 57. 1. 369. — Laurent, t. 10, n° 375.

quent, méconnaître la volonté formelle du législateur. Le pacte de réméré conclu entre le cédant et le cessionnaire peut donc être considéré par le retrayant comme *res inter alios acta*.

Recevable dès le jour de la cession, le retrait peut-être encore exercé même si trente ans sont déjà écoulés depuis que la succession est ouverte (1). La prescription trentenaire n'est pas applicable au droit que l'article 841 confère aux cohéritiers et leur action ne doit pas être intentée dans un délai fixe sous peine de déchéance. Annexé à l'action en partage, le retrait est, comme elle, imprescriptible et, par conséquent, admissible tant que dure l'indivision (2).

Au contraire, dès que le partage a déterminé les biens dont chaque héritier est devenu propriétaire, l'action en subrogation ne peut plus être intentée. Les cohéritiers ont, en effet, accepté le cessionnaire comme copartageant et ils ont consenti à traiter avec lui ; toutes les affaires de la succession sont réglées ; la masse héréditaire n'existe plus. Si certains biens sont demeurés indivis, ils appartiennent plutôt à des copropriétaires qu'à des cohéritiers.

Nous disons que le retrait peut être exercé tant que le partage n'est pas terminé, il n'est donc pas nécessaire que les cohéritiers intentent l'action en subrogation dès que le cessionnaire se présente à ce partage. Mais « la position du cessionnaire sera, dit-on, incer-

(1) Demolombe. t. 4. n° 125. — Laurent t. 10, n° 375.

(2) D. 49. 2. 11. — 60. 2. 115. — 79. 2. 201. — 83. 1. 268.

laine et précaire, s'il est ainsi continuellement exposé à perdre ses droits. » Cette objection ne nous paraît guère fondée. Le cessionnaire ne peut se plaindre, en effet, de cette situation précaire ; car, en acquérant des droits successifs, il connaissait les dangers auxquels il s'exposait et savait quels étaient les droits des cohéritiers ; il n'ignorait pas qu'il pouvait être évincé et, si sa présence a pu être tolérée pendant quelques temps, il ne peut en conclure que les héritiers ont renoncé à exercer le retrait contre lui et ont consenti à l'initier à tous les secrets de la famille, à lui confier tous les titres et papiers de la succession, à se soumettre à toutes ses prétentions. Tant que la liquidation n'est pas terminée et que les droits des cohéritiers ne sont pas réglés, ils peuvent empêcher un non-succes-sible d'entraver des opérations qui seraient faites plus facilement entre parents ; car, nous l'avons dit déjà, l'article 841 n'établit aucune restriction et ne fixe aucun délai pour l'exercice du droit qu'il concède aux successibles. Nous poserons, cependant, plus loin une exception à ce principe quand nous dirons que les cohéritiers peuvent renoncer même tacitement à se prévaloir de ce texte et que, parfois, le cessionnaire peut induire cette renonciation de leurs agissements ou de leur inaction et même de leur silence en présence de certains faits. Nous établissons ici le principe général et, avant d'y apporter une exception, nous devons déterminer l'époque à partir de laquelle le

(1) Touillier, Com. du Code civil, t. 4, p. 448.

partage doit être considéré comme terminé et, par conséquent, le retrait comme irrecevable.

Il y a plusieurs manières d'opérer entre cohéritiers le partage d'un patrimoine devenu commun. Il faut distinguer le partage judiciaire entre cohéritiers majeurs, le partage judiciaire entre cohéritiers mineurs et majeurs, le partage amiable entre cohéritiers majeurs.

Dans le premier cas, la question que nous avons à résoudre est la suivante : Suffit-il, pour que le partage puisse être réputé terminé, que les cohéritiers aient tiré leurs lots au sort ou faut-il, de plus, qu'ils en aient pris possession ? Nous croyons qu'il n'est pas nécessaire que chaque héritier ait été mis en possession de son lot (1). L'article 841 a pour but de faciliter les opérations du partage en éloignant tout spéculateur qui les entraverait ; or, quand les lots ont été tirés au sort, les cohéritiers ne sont plus exposés aux dangers dont la présence du cessionnaire les menaçait. Les biens ne sont plus indivis ; les droits cédés sont transformés ; le cédant ou le cessionnaire est déclaré propriétaire d'une partie des biens auxquels son titre lui permettait de prétendre et chaque cohéritier est saisi définitivement de son lot ; le partage, en un mot, est consommé. Si le cessionnaire a assisté aux diverses opérations qui ont précédé le tirage au sort et s'il a lui-même tiré au sort un des lots, il est fondé à repousser le cohéritier

(1) D. 79. 2. 201.

qui voudrait exercer le retrait ; car toutes les affaires secrètes du défunt lui sont connues et il serait dérisoire de soutenir qu'il doit s'installer dans ses propriétés et cultiver ses terres pour en être considéré définitivement comme propriétaire.

Le partage judiciaire entre majeurs doit donc être réputé terminé dès que les cohéritiers ont tiré au sort leur lot réciproque. Quant au partage judiciaire entre majeurs et mineurs, il n'est définitif que si toutes les formalités prescrites par les articles 466 et 838 du Code Civil ont été scrupuleusement observées. Si les exigences de la loi n'ont pas été satisfaites, le partage n'est que provisionnel (1) ; or, quand le premier partage n'a été que provisionnel, il peut toujours être procédé à un partage définitif.

Remarquons, toutefois, que le partage, intervenu dans ces conditions entre mineurs et majeurs, n'est réputé provisionnel qu'à l'égard des mineurs ; il est, au contraire, définitif à l'égard des majeurs (2). Ceux-ci donc ne pourraient, si l'on procède à un nouveau partage, exercer contre le cessionnaire le retrait successoral, car ils ont admis ce cessionnaire à traiter avec eux. Seul, le cohéritier mineur, devenu majeur, pourrait écarter le non-successible des opérations du second partage. Tous, au contraire, pourraient intenter l'action en subrogation si la cession avait été faite dans le laps de temps qui s'est écoulé entre les deux partages.

« Quand, dans un partage, les immeubles ne peu-

(2) Art. 840, C. Civ.

(1) D. 75. 1. 117.

vent pas se partager commodément en nature, il doit être procédé à la vente par licitation devant le tribunal. Cependant, si toutes les parties sont majeures, elles peuvent consentir que la licitation soit faite devant un notaire sur le choix duquel elles s'accordent (1) ». Dans les deux cas, la demande en subrogation est valablement formée tant que le prix n'a pas été partagé entre les cohéritiers. Il ne suffit pas, en effet, que la vente soit terminée ; car si l'immeuble n'est plus un bien de la succession, il est remplacé dans le patrimoine commun par sa valeur : le montant de l'adjudication et, tant que cette somme demeure indivise, le partage n'est pas définitif. Il n'est pas nécessaire, toutefois, que chacun se soit mis en possession de la part qui lui revient ; il suffit, comme nous l'avons dit plus haut, que le chiffre en ait été déterminé.

Si, enfin, le partage est effectué à l'amiable entre cohéritiers majeurs, il peut être considéré comme terminé quand chacun des cohéritiers connaît le lot qu'il peut s'approprier, il n'est pas nécessaire que la délivrance lui en ait été faite (2). Ce sont toujours les mêmes principes qui sont applicables.

Les héritiers peuvent donc exercer le retrait tant que le partage n'est pas terminé et nous avons dit à quelle époque il devait être considéré comme tel. Cependant, l'action en retrait, bien qu'intentée avant

(1) Art. 827. C. Civ.

(2) Demolombe n° 130.

que les opérations de la liquidation ne soient complètement terminées, devrait être déclarée irrecevable si celui qui la forme avait renoncé antérieurement à l'exercice du retrait (1). « Le cessionnaire étranger, dit M. Touillier, ne pourrait être écarté si les autres héritiers avaient approuvé le transport de droits successifs en traitant avec lui ; car, l'action en subrogation étant établie en leur faveur, ils sont libres d'y renoncer et l'admission qu'ils font du cessionnaire, en le recevant à la place de leur cohéritier et en agissant avec lui en qualité de cessionnaire, équivaut à une renonciation, pourvu qu'on voit dans la conduite des héritiers une intention bien marquée de reconnaître les droits de ce cessionnaire. S'ils étaient obligés de concourir avec lui pour des opérations nécessaires, telles qu'un inventaire, une levée de scellés, ils ne devraient le faire que sous des protestations et des réservations de leurs droits. Le délai dans lequel l'action en subrogation doit être intentée n'ayant point été fixé, elle peut l'être tant que le partage n'est pas fait, pourvu que les demandeurs n'y aient pas renoncé expressément ou tacitement. (2) »

Le retrait, en effet, a été institué dans l'intérêt des héritiers ; dès lors, quand ils approuvent la cession qui a été faite par l'un d'eux à un non-successible, celui-ci peut légitimement en conclure qu'ils ont renoncé au droit de demander la subrogation.

(1) D. 94. 1. 592.

(2) Com. du C. Civ. t. 4, p. 448 et 449.

La renonciation au droit d'exercer le retrait peut être expresse ou tacite ; mais elle ne peut jamais être consentie sous des conditions illicites et contraires à l'ordre public. C'est pourquoi il a été jugé « que la renonciation consentie à la condition que le cessionnaire ne se présenterait pas aux enchères des fruits saisis-brandonnés sur l'héritier était contraire à l'ordre public (1) ». Elle constitue, en effet, un délit prévu et puni par l'article 412 du Code Pénal et est nulle, d'une nullité radicale et absolue ; elle ne pourrait être couverte par l'exécution de la promesse faite par le cessionnaire et tout intéressé pourrait en invoquer la nullité (2).

Le plus souvent, la renonciation est tacite ; mais, dans ce cas, elle doit être clairement manifestée et ne peut résulter que d'actes incompatibles avec l'exercice ultérieur du retrait (3). On ne pourrait, par exemple, l'induire d'un jugement qui a ordonné le partage entre les héritiers d'une ligne et le cessionnaire des héritiers de l'autre, « alors surtout que ce jugement donne acte aux premiers de leurs réserves d'attaquer par les voies de droit l'acte de cession (4). »

Au contraire, le cessionnaire ne serait plus exposé au retrait si les cohéritiers l'avaient admis au partage du mobilier, bien que les immeubles n'aient pas encore été partagés. En l'appelant eux-mêmes à toutes

(1) D. 60. 2. 115. — Laurent, t. 10, n° 371.

(2) Art. 1131, 1133, 1172, c. civ.

(3) Aubry et Rau t. 4, § 621 ter.

(4) D. 60. 2. 115.

les opérations qui ont précédé ce partage et à ce partage, ils ont, en fait, reconnu et exécuté la cession. Ils sembleraient encore avoir renoncé tacitement au retrait si, de concert avec lui, ils avaient loué ou vendu un immeuble dépendant de la succession et si une clause de la vente ou du bail avait désigné cet immeuble comme indivis entre eux (1).

Cependant, le concours du cessionnaire à une vente de biens héréditaires ne crée pas toujours une fin de non-recevoir opposable aux cohéritiers qui intenteraient, plus tard, l'action en subrogation. Cet acte, en effet, n'initie pas toujours le cessionnaire aux affaires de la famille (2). Le retrait, par exemple, serait encore recevable si l'acquéreur des droits d'un cohéritier pouvait assister à la vente en vertu d'un autre titre que celui de cessionnaire. Ainsi, le retrait pourrait encore être exercé si le cessionnaire était l'époux d'une cohéritière et s'il avait assisté à la vente de l'immeuble pour autoriser sa femme ; celle-ci, en effet, ne pouvait agir qu'avec son autorisation. Elle pourrait elle-même intenter l'action en subrogation ; mais la femme séparée de biens qui peut administrer seule son patrimoine, qui peut, par exemple, louer ses immeubles sans le concours et l'autorisation de son mari, et qui, de concert avec les autres héritiers et son mari qui serait intervenu à l'acte comme cessionnaire d'un cohéritier, aurait loué un immeuble

(1) Dalloz, 45, 2, 123 ; — 60, 2, 115. — Laurent t. 10, n° 377.

(2) D. 54. 2. 226.

de la succession, ne pourrait pas plus que les autres cohéritiers exercer le retrait (1).

De même l'héritier qui, dans une instance en licitation d'un immeuble reconnu impartageable, procède avec le cessionnaire, renonce évidemment à l'exercice postérieur du retrait. « Il en est de même de celui qui, conjointement avec le cessionnaire, fait donation à un tiers d'une portion d'immeubles sur lesquels portait leur droit indivis (2). »

Le cessionnaire avec lequel les cohéritiers ont procédé à un partage provisionnel peut aussi, à bon droit, s'opposer à ce que le retrait soit exercé lors du partage définitif. Il a, comme chacun des cohéritiers, perçu les revenus des biens qui composaient son lot et n'en doit rendre aucun compte. Loin de s'opposer à ce qu'il intervienne au partage, les cohéritiers nous semblent, par ce fait, avoir clairement manifesté leur intention d'exécuter le contrat passé par leur cohéritier.

Le partage terminé est parfois annulé (3). Dans ce cas, les biens redeviennent indivis et la masse héréditaire est considérée comme n'ayant jamais été partagée. Le cessionnaire, avec lequel il a été procédé à ce partage annulé, doit encore être regardé comme un acquéreur de droits successifs, puisque le cédant est réputé n'avoir jamais eu qu'une part indivise ; mais il ne pourra, néanmoins, être retrayé lors du second partage

(1) Art. 1536.

(2) D. 50. §. 440. — Laurent t. 10 n^o 377.

(3) Art. 887.

En consentant à procéder avec lui au premier, les cohéritiers sont censés avoir renoncé au retrait et la rescision de ce premier partage ne peut anéantir l'approbation qu'ils ont donnée à la cession. Le retrait ne serait pas, tout-fois, irrecevable s'il était exercé par un héritier qui n'aurait pas été appelé au premier partage et qui, pour ce motif, en demanderait la nullité (1).

Les diverses hypothèses que nous venons de parcourir impliquent, de la part des cohéritiers eux-mêmes, reconnaissance définitive et par suite irrévocable des droits du cessionnaire à la succession. Partager le mobilier, partager les revenus des immeubles, donner, vendre, louer, de concert avec le cessionnaire, un bien héréditaire, c'est l'admettre aux opérations de la liquidation ; mais l'intention et la volonté des cohéritiers ne sont pas toujours clairement manifestées. Les juges consultés peuvent avoir des doutes sur la nature et la portée des actes qu'ont faits les cohéritiers et, souvent, ils doivent s'inspirer des circonstances de la cause ; il leur appartient, en effet, de les apprécier souverainement et de rechercher l'intention des parties (2). Par exemple, l'arrêt qui déclare que « loin de vouloir renoncer à l'exercice du retrait successoral, un héritier a manifesté l'intention d'écarter du partage le cessionnaire d'un de ses cohéritiers » et ajoute « que des divers agissements de la partie, on ne peut tirer ni preuve ni indice même d'une

(1) Demolombe, n^{os} 89 à 92.

(2) D. 94. 1. 592.

renonciation de sa part », émet une appréciation souveraine qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation (1). Le seul principe qui puisse guider les juges et le seul critérium qui puisse dissiper leurs doutes, c'est que les cohéritiers ne peuvent plus être admis à exercer le retrait quand l'acte dont se prévaut le cessionnaire implique, de la part des retrayants, admission de ce cessionnaire aux opérations du partage et à la connaissance des secrets de la famille et des titres du défunt.

En vertu de ce principe, nous dirons que le retrait peut encore être exercé lorsque le cessionnaire n'a été appelé qu'à des opérations qui avaient pour objet de faire connaître aux héritiers la valeur et la situation des biens de la succession.

De même, le retrait peut être exercé contre le légataire particulier auquel certains cohéritiers ont cédé leur droit, « même si cette cession a été mentionnée sans protestations ni réserves de la part des autres, dans l'acte par lequel ceux-ci lui ont consenti la délivrance de son legs (2). »

De même encore, « le fait par des héritiers d'avoir cédé à l'Etat, après déclaration d'utilité publique, leurs droits respectifs sur un terrain nécessaire à l'établissement d'une route nationale ne constitue pas une renonciation à l'exercice du retrait successoral (3). »

(1) D. 94. 1. 592.

(2) D. 45. 2. 123. — 81. 2. 114.

(3) D. 94. 1. 592.

Si les cohéritiers, sommés par l'Administration de l'Enregistrement de payer les droits de mutation, avaient laissé le cessionnaire payer sa part, ils pourraient encore exercer le retrait. Ils n'ont pas, en effet, renoncé à s'approprier le marché qu'il a conclu avec un de leurs cohéritiers ; la quittance sur laquelle figure le nom du cessionnaire n'est pas leur œuvre. Au contraire, s'ils avaient eux-mêmes fait sommation à ce cessionnaire « d'avoir à payer sa part dans les droits de mutation », cette sommation nous semblerait impliquer de leur part renonciation au retrait (1).

Supposons, enfin, qu'avant le partage, le cessionnaire se soit mis, en vertu de la cession, en possession de certains biens héréditaires, qu'il les ait entretenus et cultivés, qu'il ait vendu les récoltes et que les cohéritiers ne se soient pas opposés à ses agissements, leur silence et leur inaction semblent en être une approbation tacite et, partant, entraîner la reconnaissance des droits du cessionnaire. Cependant, nous croyons que, dans cette hypothèse, ils seraient encore fondés à exercer le retrait ; car toute personne peut commettre pareille usurpation. Leur action, au contraire, ne nous paraîtrait plus recevable s'ils avaient consenti à recevoir du cessionnaire une partie du prix des denrées vendues.

A cette question : quel est le laps de temps pendant lequel le retrait peut être exercé, nous répondons donc :

(1) Laurent, t. 10, n° 377.

1^o Que le retrait peut être exercé dès que les héritiers apprennent qu'un de leurs cohéritiers a cédé ses droits ; il n'est pas nécessaire que le cessionnaire provoque le partage où s'y présente.

2^o Qu'il peut être exercé tant que le partage n'est pas terminé.

3^o Mais que la demande en retrait est irrecevable quand les cohéritiers ont renoncé expressément ou même tacitement à se prévaloir de l'article 841. Il sera souvent difficile de décider si cette renonciation a existé : c'est là une question de fait dont la solution est laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux. Le seul criterium que l'interprète de notre texte peut établir est celui-ci : Dès que les héritiers ont initié, par leur propre fait, le cessionnaire aux affaires du défunt, l'ont admis à pénétrer les secrets de la famille, lui ont communiqué les titres et papiers domestiques, ils sont censés avoir consenti à procéder avec ce cessionnaire et à le considérer comme un héritier en vertu de la cession qui lui a été faite.

CHAPITRE V.

Obligations du retrayant.

Le cohéritier qui veut écarter des opérations du partage un non-successible doit, dit l'article 841, « lui rembourser le prix de la cession », c'est-à-dire le prix payé par le cessionnaire au cédant (1).

C'est le prix de la cession et non une somme égale à la valeur des droits vendus que l'héritier doit rembourser au cessionnaire ; car, si la valeur et l'importance de la part cédée devaient être estimées, le cohéritier retrayant devrait appeler le cessionnaire au partage et y procéder contradictoirement avec lui ; dès lors le retrait n'aurait aucune utilité.

Le retrayant doit rembourser au cessionnaire le prix réel de la cession. L'article 1699 du Code Civil décide, en effet, (et nous étendons, par analogie, ce texte au retrait successoral), que « celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire en lui remboursant le prix *réel* de la cession ». Si les parties contractantes, le cédant et le cessionnaire, déclaraient, l'une avoir reçu, l'autre avoir payé un prix supérieur, et même si elles l'avaient fait insérer dans leur contrat, le retrayant pourrait

(1) Laurent t. 40 n° 378.

prouver la fraude par « tous moyens de droit » (1). L'insertion du prix dans l'acte de vente n'est pas, en effet, une preuve certaine de la sincérité des allégations des parties. Le cessionnaire peut facilement faire mentionner dans l'acte un prix exagéré pour inspirer aux cohéritiers, qui voudraient exercer le retrait, la crainte de devoir lui payer une indemnité de beaucoup supérieure à la valeur des droits cédés.

Le plus souvent, au contraire, le prix mentionné dans le contrat ne sera pas exagéré, il sera diminué. L'acheteur essaiera, par ce moyen, de se soustraire au paiement de droits d'enregistrement trop élevés. Dans ce second cas, le retrayant devra également rembourser au cessionnaire le prix que, en réalité, ce dernier a payé au cédant.

Quand le prix consiste en un capital en argent ou en choses fongibles, le retrayant doit remettre au cessionnaire une somme égale à la valeur du capital versé ou des choses fongibles données en paiement.

Lorsque la cession a été faite par voie d'échange, le retrayant ne doit payer au cessionnaire que la valeur de l'objet donné en contre-échange, il ne peut être tenu de rendre l'objet même (2). Le cessionnaire serait mal fondé à se plaindre de l'éviction qu'il subit ; en acquérant un droit à la succession, il savait, en effet, que le retrait pouvait être exercé contre lui.

(1) Laurent, t. 10, n° 384. — Aubry et Rau, VI, p. 528, § 621 ter, note 50.

(2) Demolombe nos 112 et 115. — Baudry, Lacantinerie et A. Wahl, Successions, t. 2, n° 3413. — Chambéry 27 Janvier 1872, D. 72. 2. 239.

Le retrayant ne pourrait diminuer l'indemnité qui doit être allouée au cessionnaire à cause des dépréciations accidentelles survenues pendant le temps qui s'est écoulé entre la cession et l'exercice du retrait. D'autre part, le cessionnaire ne pourrait pas davantage réclamer une indemnité supplémentaire pour les plus-values naturelles survenues pendant ce même laps de temps (1). Il doit, il est vrai, être rendu indemne ; mais, en donnant cet immeuble, il a renoncé à toutes les augmentations de valeur comme il s'est déchargé des risques auxquels était sujet l'objet aliéné, un immeuble par exemple. Ainsi, si l'importance de l'immeuble a augmenté, l'indemnité que le retrayant devra allouer au cessionnaire devra être équivalente à la valeur qu'avait l'immeuble à l'époque de la cession, *ex tunc*. Si, au contraire, elle a diminué, le retrayant ne sera libéré envers le cessionnaire qu'en lui payant une somme d'argent dont le chiffre sera déterminé de la même manière (2).

Si la valeur de l'immeuble avait été énoncée dans le contrat intervenu entre le cédant et le cessionnaire, le retrayant pourrait en contester le chiffre ; l'évaluation peut, en effet, avoir été exagérée dans le but de soustraire le marché à l'exercice du retrait. Si le retrayant conteste le chiffre fixé par les parties ou si elles ne l'ont pas fixé, la valeur de l'immeuble comme de tout autre objet sera déterminée par des experts (3).

(1) Bordeaux 27 Mars 1857. D. 57. 2. 416.

(2) Laurent t. 40 n° 380.

(3) Chambéry, 27 Janvier 1872. D. 72. 2. 239.

Quand le prix de la cession consiste en une rente viagère, le retrayant doit rembourser au cessionnaire les arrérages payés par celui-ci, il doit, en outre, continuer le service de la rente ; mais il ne peut être contraint de rembourser le capital ni forcer le cédant à accepter ce remboursement. Si, lors de l'exercice du retrait, la rente était éteinte par suite de la mort du crédi-rentier, le retrayant ne devrait au retrayé que les arrérages échus jusqu'au décès de celui-ci, quelque courte qu'ait été la période pendant laquelle le retrayé a été tenu de servir cette rente (1). Le cessionnaire ne pourrait exiger aucune indemnité pour les risques auxquels il était exposé (2).

Pothier a hésité longtemps avant de donner une solution formelle à la question qui nous occupe. Se demandant dans son *Traité des Fiefs* (3) « à quelles conditions le retrait féodal pouvait être exercé et même s'il pouvait l'être quand le fief avait été cédé moyennant une rente viagère à servir par le cessionnaire et que le cédant était mort », il repousse les prétentions du retrayant et lui refuse le droit d'exercer le retrait. « Le retrait, dit-il, est le droit de prendre le marché d'un autre et, par conséquent, il emporte nécessairement pour le retrayant l'obligation de payer au retrayé le prix de son marché ; or le risque est essentiellement le prix d'un marché qui a été fait à charge de rente viagère et ce risque n'existe plus

(1) Chambéry 12 Février 1878. D. 79. 2. 201.

(2) Demolombe, t. 4, n° 113. — V. aussi arrêt précité.

(3) *Fiefs*, partie 2, ch. 2, art. 118, Sect. 1, § 2.

quand la rente viagère est éteinte par la mort du créancier... Donc le retrait est devenu impossible par suite de l'impossibilité même pour le retrayant de rembourser au retrayé le prix de son marché. »

Dans l'Introduction au Titre des Fiefs de la Coutume d'Orléans(1), le même jurisconsulte enseigne, au contraire, « que le retrait peut être exercé après l'extinction de la vente viagère et que le retrayant ne doit rembourser au cessionnaire que le prix de son achat ainsi que le prix du risque dont il s'était chargé, prix qui consiste dans la somme à laquelle des arbitres estimeront que valait, au temps du contrat, la rente viagère que l'acheteur s'était obligé par ce contrat de payer pendant le temps incertain de la vie du vendeur... Il ne suffit pas, ajoute-t-il, que le retrayant offre de rembourser tous les arrérages que l'acheteur a payés jusqu'à la mort du vendeur ; car le prix consistait non pas dans les arrérages qui ont été payés mais dans les risques que l'acheteur a courus ».

Les deux solutions proposées par Pothier ne nous satisfont pas et nous croyons que le cessionnaire n'a aucun droit à une indemnité pour les risques auxquels il était exposé. Nous invoquons, à l'appui de cette opinion, l'ancienne jurisprudence. Il fut, en effet, longtemps jugé que les retrayants lignagers ou seigneuriaux, qui étaient également obligés au remboursement du prix de la cession, ne devaient aucune

(1) Pothier, op. citat. n° 246 et Traité des Retraits n° 79.

indemnité au cessionnaire débiteur d'une rente viagère « pour les risques qu'il courait ». Le motif de la jurisprudence, dit Rousseaud de Lacombe d'après Tiraqueau et Dumoulin, c'est que le retrayant entre *in omne jus et in commodum emptoris, in eum transfunditur et transfertur contractus* ; la personne de l'acquéreur n'est plus considérée, le retrayant *post retractum quoadmodos, condiciones et onera contenta in contractu et ipsum concernentia, censetur emptor et subrogatur in locum emptoris ; et in omnibus et per omnia idem habetur ac si emisset a venditore*. « Ainsi, ajoute Rousseaud de Lacombe (1), si le vendeur qui a vendu à pension viagère meurt avant ou depuis le retrait intenté, le retrayant n'est obligé de rembourser à l'acquéreur que les quartiers ou arrérages de la rente ou pension viagère échue au vendeur. » Or il y a une très grande analogie entre l'action que l'article 841 donne aux cohéritiers contre le tiers acquéreur de droits héréditaires et l'action en retrait que nos anciennes coutumes accordaient soit aux parents de la ligne des propres, soit aux seigneurs immédiats des fiefs et des censives vendus. Nos anciennes coutumes imposaient également au retrayant par droit de ligne comme au retrayant par droit féodal l'obligation de rembourser à l'acquéreur le prix de son acquisition. S'il existe à cet égard quelque différence entre l'article 841 du Code Civil et le droit coutumier, c'est que celui-ci entourait cette obligation

(1) Rousseaud de Lacombe, Jurisprud. civ., V^o Retrait, retrayant.
— Denisart, V^o Retrait lignager, n^o 26.

de formalités extrêmement minutieuses et dont la moindre omission entraînait déchéance. Le retrayant doit rembourser au cessionnaire le prix de la cession ; tel est le principe. Or le cessionnaire a acheté les droits successifs moyennant une rente viagère, c'est-à-dire à la condition de servir les arrérages de cette rente pendant la vie du cédant. Le retrayant qui est subrogé dans ses droits et ses obligations doit donc servir ces arrérages ; mais, comme le cessionnaire, il doit être libéré du service de la rente par la mort du cédant (1).

Lorsque la cession de droits successifs a été consentie à charge par le cessionnaire de faire un ouvrage quelconque, le retrayant doit l'exécuter s'il le peut, ou payer au cédant la valeur de cet ouvrage, telle qu'elle aura été estimée par experts (2). Ainsi si le cessionnaire était obligé de fournir un objet d'art qu'il devait exécuter lui-même, des experts, choisis par les parties ou nommés par le tribunal, devront estimer la valeur qu'aurait eue l'objet d'art demandé.

Quand le cessionnaire a promis au cédant de ne pas user d'une servitude qui lui avait été consentie, le profit que le cédant aurait retiré du non usage de la servitude par le cessionnaire, doit également être apprécié et le retrayant devra payer une indemnité équivalente à ce profit.

Le cessionnaire qui aurait acquis, en même temps

(1) Demolombe, n° 414.

(2) Demolombe, n° 416.— Baudry, Lacantinerie et A. Wahl. Successions, t. 2, n° 3413.

que des droits à une succession, des biens qui n'en font point partie, pour un seul et même prix, peut être retrayé et les juges devront, en pareil cas, pour fixer l'indemnité due par le retrayant, ordonner une ventilation (1). Les frais de cette ventilation seront à la charge du retrayant. Pothier le décidait, déjà, ainsi (2). Il ne serait pas, d'ailleurs, équitable que les frais qu'entraîne le retrait soient à la charge de celui qui le subit. D'autre part, nous dirons plus loin que les frais, en général, doivent être supportés par le retrayant.

Si plusieurs cohéritiers ont cédé leurs droits à un même cessionnaire, le cohéritier retrayant doit reprendre toutes les parts cédées et le retrait doit être exercé pour le tout, sinon il n'aurait aucune utilité : retrayé pour une cession, le cessionnaire se représenterait au partage comme titulaire des droits des autres cédants. La solution est la même, soit que les cessions aient été consenties pour un seul et même prix dans un seul et même acte, soit qu'elles aient été faites dans le même acte pour des prix différents, soit qu'elles l'aient été à des dates distinctes et par actes spéciaux. Le prix que doit rembourser le retrayant au cessionnaire est toujours le total de ceux que ce dernier a payés pour toutes les cessions.

Quand un premier cessionnaire a cédé les droits

(1) Bordeaux, 25 Mars 1857. D. 57, 2, 416. — Chambéry, 12 Février 1878, D. 79, 2, 201. — Agen, 27 Janvier 1880, D. 80, 2, 487. — Agen, 13 Juin 1892, Gaz. Pal. 92, 2, 145.

(2) Retraits, n° 304.

qu'il avait acquis, l'héritier qui veut écarter le sous-cessionnaire des opérations du partage doit restituer le prix payé par le premier cessionnaire au premier cédant ; il importe peu que le prix de la seconde cession soit inférieur, supérieur ou égal à celui de la première (1). Le retrait, il est vrai, est exercé contre le second cessionnaire ; mais celui-ci est l'ayant-cause du premier qui n'a pu lui transmettre ses droits qu'avec les charges qui les grevaient ; or, les droits successifs qu'avait acquis celui-ci étaient soumis au retrait avec l'obligation pour le retrayant de rembourser à ce cessionnaire le prix qu'il avait payé. L'acheteur, exposé au retrait, n'a donc pu, en revendant ces droits, que les transmettre sujets au même retrait et dans les mêmes conditions.

Ce principe existait déjà dans l'ancien droit. « Lorsque j'ai acheté, dit Pothier, un héritage sujet au retrait que j'ai peu après, dans le temps du retrait, revendu à Pierre ; l'action en retrait que le lignager de mon vendeur exerce contre Pierre est la même action qu'il a droit d'exercer contre moi, dont Pierre est tenu comme possesseur de l'héritage qui en est affecté. De là il suit qu'il est obligé de me rembourser si c'était contre moi qu'il exerçât le retrait ; c'est pourquoi, si j'ai revendu l'héritage plus ou moins qu'il m'a coûté, ce n'est pas le prix pour lequel Pierre a acquis de moi ; mais celui pour lequel

(1) D. 58, 2, 111.

je l'ai acheté que le lignager doit lui rembourser (1). » En un mot, la sous-cession ne modifie nullement la situation ; elle ne peut entraîner pour le retrayant l'obligation de payer une indemnité plus considérable, ou le droit de se libérer en payant une inférieure au prix de la première cession.

Il est plus délicat de décider à qui appartiendra l'excédant du prix de la première vente, si le prix de celle-ci était supérieur à celui de la seconde. Supposons, en effet, que le cessionnaire qui avait acheté les droits d'un cohéritier au prix de 10.000 francs ne les ait revendus qu'au prix de 8.000, le second cessionnaire recevra 10 000 ; mais les 2.000 francs qu'il recevra en plus de son prix d'achat lui appartiendront-ils ou sera-t-il obligé de les restituer à son vendeur ? Malgré l'avis de Pothier, nous croyons que le second cessionnaire devra les remettre au premier. « L'acheteur, en effet, en revendant, a transmis tous les droits qu'il avait sur la chose ; mais il n'a évidemment pas transmis la créance qu'il avait à l'occasion de cette chose et qui ne servira pas à l'acheteur à conserver plus sûrement cette chose ; il n'importe pas à la sécurité du second acheteur que l'excédant du prix de la première vente sur celui de la seconde profite à lui plutôt qu'à son vendeur immédiat. On prétend

(1) Pothier, *Retraits* n° 341 ; — Guy Coquille *Cout. du Nivernais*, tit. du *Retrait lignager*, art. 13. — Loisel, liv. III, Tit. 5, Reg. 38 et des *Retraits* n° 38. — Labbé, *Rev. crit.* t. VI. 1855. p. 153. n° 28. Et les autres auteurs déjà cités au cours de cette étude, sauf Baudry.

pourtant, le contraire parce que le sous-acheteur attaqué repoussera le retrayant et retiendra la chose jusqu'au remboursement d'une somme plus considérable que son propre prix. Cela est vrai ; mais, dans toutes les opinions, le sous-acheteur en possession ne déguerpira que sur la preuve de la restitution du prix intégral de la première vente ; il doit appeler son vendeur en cause et mettre celui-ci à même de résister au retrait. Seulement une portion du prix restera entre les mains du premier acheteur qui a revendu (1). » Il serait, d'ailleurs, injuste de faire donation à ce second cessionnaire d'une somme à laquelle il n'a aucun droit.

Supposons, au contraire, que le premier cessionnaire ait acheté les droits d'un cohéritier au prix de 5000 francs et qu'il les ait revendus au prix de 8000 ; le second cessionnaire ne recevra du retrayant que 5000 ; mais il pourra réclamer au cédant les 3000 « qui sont sans cause entre ses mains ». Nous adoptons, dans cette seconde hypothèse, l'opinion de Pothier : « Si j'ai vendu, dit-il, l'héritage sujet à retrait à Pierre pour un prix plus fort que celui auquel je l'avais acheté, *puta* si je lui ai vendu 10,000 ce que j'avais acheté 8000, Pierre qui ne recevra du retrayant que 8000, aura-t-il le droit de répéter de moi les 2000 francs qu'il m'a payés de plus ? Oui, il a, à cet effet, l'action qu'on appelle *condictio sine causâ* ; l'acquisition que j'avais faite de l'héritage que

(1) Labbé, Des retraits, Revue de législation et de jurisprudence, t. 6. 1855. p. 153.

je lui ai vendu ayant été détruite en ma personne et transférée à celle du retrayant, la vente que je lui avais faite est détruite, n'ayant pas eu le droit de le lui vendre, et par conséquent je ne puis en retenir le prix (1). » L'on ne saurait soutenir sérieusement que telle n'ait pas été l'intention des parties et que le sous-cessionnaire ait entendu supporter cette perte. L'opinion que nous émettons dans cette hypothèse sert encore d'argument à celle que nous avons adoptée dans l'hypothèse précédente.

Au prix de la cession le retrayant doit ajouter les intérêts de ce prix, sinon le cessionnaire ne serait pas complètement indemne. La Constitution d'Athanasie portait, en effet : « *Usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum* (2). » Le principe applicable au retrait litigieux doit être étendu au retrait successoral, car l'équité exige que le retrayé ne subisse aucun préjudice, soit qu'il ait acquis des droits sujets à litige, soit qu'il ait acquis des droits héréditaires (3). Le retrayé aurait droit aux intérêts même s'il avait perçu des fruits ; car les intérêts sont toujours plus élevés que la valeur des fruits.

Les intérêts courent à partir du jour du paiement du prix de la cession et non pas seulement du

(1) Pothier Retraits n° 342 et 343.

(2) G. Mandati, L 22. — Laurent t. 10 n° 378. — Agen 27 Janvier 1880 ; S., 81, 2. 9.

(3) Demolombe, op. citat., n° 407. — Laurent t. 10 n° 378. — Chabot, art. 841, n° 21.

jour de la demande en retrait (1). S'il en était autrement, le retrayé ne serait pas entièrement indemnisé.

Quant aux intérêts des intérêts, ils ne sont dus que dans les conditions ordinaires, réglées par l'article 1154 du C. Civ. (2).

Le retrayant doit encore rembourser au cessionnaire le montant des dettes héréditaires que celui-ci aurait acquittées ; mais ce dernier doit prouver que ces paiements ont été effectués.

Il doit aussi les frais et loyaux coûts du contrat. Par loyaux coûts nous entendons les frais du contrat, tels que les droits d'enregistrement, les honoraires du notaire (3). Cependant, si le prix de la cession avait été simulé et si la preuve de la fraude était établie, si, par exemple, le prix porté au contrat était supérieur au prix réel, le cessionnaire ne pourrait exiger le remboursement des frais que proportionnellement au prix réel ; le retrayant ne doit point, en effet, subir les conséquences d'un dol qu'il n'a pas commis (4).

Si le premier cessionnaire avait cédé ses droits à un tiers, les loyaux-coûts que le retrayant devrait rembourser seraient ceux de la première cession, en vertu des règles que nous avons établies plus haut.

D'autre part, le cessionnaire retrayé ne peut exiger

(1) Contrà : Chambéry, 27 Janvier 1872 ; D. 72. 2. 229. — Agen, 27 Janvier 1880 ; D. 80. 2. 187. — Sic : Aubry et Rau, VI, p. 529, § 621 ter, note 57 ; et tous les auteurs précités.

(2) Fuzier-Herman, art. 841, n° 20. — Contrà Laurent, X, n° 378.

(3) Guillouard, Tr. de la Vente, II, n° 906 — Huc, V, n° 328.

(4) Fuzier-Herman art. 841. n° 283. — Massé et Vergé, IV, p. 336. § 692, note 23.

le paiement d'honoraires pour la vigilance et le zèle qu'il a déployés pour sauvegarder les droits qu'il avait acquis (1). Il en est ainsi notamment des frais de voyage, même s'ils sont modérés. C'est ce que décidait déjà l'ancien droit (2).

Il ne serait pas fondé davantage à réclamer le remboursement de frais qui n'auraient pas été faits à l'occasion de la cession. Ainsi les frais de saisie pratiqués sur les biens de la succession par un créancier du cessionnaire ne doivent être supportés que par lui (3).

Si les cohéritiers avaient procédé avec le cessionnaire à un partage provisionnel et que celui-ci eût eu, par exemple, la jouissance d'un immeuble, l'héritier, qui n'aurait pas concouru au partage provisionnel et qui exercerait le retrait lors du partage définitif, devrait indemniser le cessionnaire des impenses qu'il a faites sur cet immeuble, *in rem ipsam*, telles que les sommes déboursées pour les grosses réparations des bâtiments ; mais le cessionnaire ne pourrait exiger le remboursement des dépenses qu'il a faites à l'occasion de cet immeuble. Nous ne saurions mieux faire pour rendre plus claire cette distinction que de rappeler l'exemple cité par Pothier. « Si l'acquéreur d'un héritage sur qui on exerce le retrait avait, dit-il, acheté avant la

(1) Aubry et Rau, t. 4 § 624, ter, p. 528 — Fouet de Conflans, art. 841, n° 32.

(2) Pothier, Tr. des Retraits, n°s 309 et 315. — Guy Coquille, Retrait lignager, art 11.

(3) Grenobles 16 Août 1858, S. 59. 2. 289.

demande en retrait, des chevaux pour faire valoir cet héritage et que ces chevaux fussent morts, il ne pourrait pas prétendre qu'on lui remboursât le prix qu'ils lui auraient coûté ; car l'impense qu'il a faite en achetant les chevaux est, à la vérité, une dépense qu'il a faite à l'occasion de l'héritage acquis, puisqu'il n'aurait pas acheté des chevaux s'il n'eût pas acheté l'héritage sujet au retrait ; mais ce n'est pas une impense faite sur l'héritage même. »

Pothier n'indemnisait le cessionnaire que des impenses nécessaires ; il ne lui remboursait pas les dépenses utiles. « La raison en est, dit-il, qu'il ne doit pas lui être permis de rendre la condition du retrait plus onéreuse, en faisant sur l'héritage sujet au retrait des impenses qui, quoi qu'utiles, n'étaient pas nécessaires et d'empêcher, par ce moyen, les lignagers qui n'auraient pas la commodité de les rembourser, d'exercer le droit de retrait que la loi leur accorde. »

Nous croyons, au contraire, que l'acquéreur de droits successifs, qui, par exemple, aurait élevé des constructions sur un immeuble de la succession, pourrait réclamer une indemnité dans la mesure où ces constructions auraient augmenté la valeur de l'immeuble (1). Le cessionnaire, en effet, avait légitimement acquis les droits qu'il a exercés sur cet immeuble ; or celui qui est propriétaire d'un immeuble et à qui cet immeuble est enlevé (2), peut réclamer une indemnité pour les améliorations qu'il y a apportées et qui lui ont donné

(1) D. 93. 2. 12.

(2) Art. 1634 et 1673 C. Civ.

une plus-value, dans la mesure de cette plus-value. Nul, d'ailleurs, ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ; or, si, par le retrait, l'héritier peut reprendre les biens cédés, il est juste qu'il indemnise le cessionnaire des dépenses que celui-ci a faites pour augmenter la valeur de ces biens. Il est évident, enfin, que si ces biens avaient diminué de valeur par le fait du cessionnaire, le retrayant pourrait tenir compte des détériorations, dépréciations et moins-values survenues par le fait de ce cessionnaire et que l'indemnité qu'il aurait à lui allouer serait moindre.

Le retrayant ne pourrait exiger que les constructions soient abattues, car on ne peut refuser au retrayé la qualité de possesseur de bonne foi (1).

Telles sont les charges qui incombent à l'héritier retrayant ; telles sont les conditions auxquelles est soumis l'exercice du retrait successoral. En résumé, le retrayant qui veut écarter un non-successible des opérations du partage et se substituer « aux lieu et place » du cessionnaire, doit le rendre complètement indemne (2). Il n'est pas obligé de lui faire des offres réelles (3). La loi ne l'y oblige pas et ne pouvait l'y obliger, car, souvent, au moment où le retrait est exercé, le retrayant ne connaît pas encore le prix payé par le cessionnaire. Il ne peut, toutefois, retarder l'époque du paiement. Le cessionnaire, déjà lésé par

(1) Tribunal régional supérieur de Colmar, 27 Avril 1892, D. 93. 2. 12.

(2) Aubry et Rau, VI, p. 526, § 621 ter.

(3) Laurent, t. 10, n° 379. — Chambéry, 12 fév. 1878, D., 79. 2. 201.

l'éviction qu'il subit, ne peut être tenu de lui accorder un délai. Le retrayant n'est pas un débiteur malheureux, digne de commisération et de pitié et méritant d'obtenir un sursis de la clémence du juge. Le cessionnaire serait d'autant plus fondé à résister à la demande en subrogation, s'il n'était pas désintéressé, que l'article 841 n'a pas reproduit la disposition de l'ancien droit qui accordait au retrayant un délai de trois mois pour se libérer de ses obligations (1).

(1) Laurent t. 10 n° 356. — Bordeaux 25 Mars 1877 ; D. 57. 2. 116.

CHAPITRE VI.

Effets du Retrait Successoral.

Le retrait successoral n'entraîne ni la résolution, ni l'annulation de la cession ; il ne constitue pas non plus une seconde cession. Son principal effet est de substituer une personne à une autre, le retrayant « aux lieu et place » du cessionnaire (1).

Le retrayant est censé avoir succédé directement au cédant dans la propriété des droits cédés ; il en est l'ayant-cause, comme s'il avait traité avec lui et comme s'il avait acquis de lui la part vendue. Le retrait successoral produit, en quelque sorte, l'effet rétroactif d'une condition résolutoire accomplie (2). Aussi les droits réels, tels que les hypothèques ou les servitudes, que le cessionnaire aurait pu consentir sont résolus de plein droit (3).

Les créances dont le retrayé pouvait réclamer le paiement à la succession et les dettes dont il était débiteur envers le de cujus, éteintes momentanément

(1) Aubry et Rau, t. 4, p. 530, § 621 ter.

(2) Demolombe t. VI, n° 142 ; — Baudry Lacantinerie et A. Wahl, Successions, t. 2, N° 3454. — Labbé, Revue critique, VI, 1855, p. 144. — S. 93. 1. 17.

(3) Huc, V, n° 399.

par confusion, revivent comme s'il n'y avait jamais eu confusion.

Le retrayant jouit seul des améliorations naturelles dont ont profité les biens cédés (1) et de l'extinction de la rente viagère qui avait été consentie par le cessionnaire en faveur du cédant comme prix de la cession.

L'acheteur est réputé n'avoir jamais acquis le droit dont l'a dépouillé le retrayant. Tiraqueau (2), Dumoulin (3), Pothier ont émis cette opinion et tous les auteurs l'ont adoptée après eux ; mais ils se divisent, au contraire, quand ils parlent de l'étendue et de la portée de la subrogation. Cette fiction qui, permet de supposer que le marché n'a jamais été conclu entre le cédant et le retrayé, est-elle absolue ou simplement relative ? Existe-t-elle *ergà omnes*, à l'égard du cédant lui-même, ou ne lui est-elle pas opposable ? Telle est la question la plus discutée par tous ceux qui ont traité des effets du retrait successoral.

Et, pourtant, si l'on admet que le retrayant joue dans le contrat le rôle qu'y jouait le retrayé et que celui-ci disparaît comme s'il y avait jamais été partie, l'on doit reconnaître qu'il doit être considéré comme n'ayant jamais acquis les droits du cédant et que le retrayant lui est complètement substitué *ergà omnes*, *perinde ac si emisset a venditore*. En un mot, pour comprendre les effets produits par le retrait successoral, il

(1) Cassation, Civ., 27 Janvier 1892 ; D. 92. 1. 113.

(2) T 2, § 3, n° 8 et suiv.

(3) C. Par., t. 1, § 20, gl. 5, quest. 5, n° 45, n° 35.

suffit de remplacer dans l'acte de cession le nom du cessionnaire non successible par celui du retrayant et de supposer que cet acte n'a jamais contenu que ces deux noms : *et primus emptor non est amplius in consideratione*.

Les rapports entre vendeur et acheteur n'existent donc qu'entre le cédant et le retrayant et nous en concluons, avec M. Mourlon (1), « que le cédant a pour débiteur du prix de la cession, si ce prix n'a pas été payé, non plus le cessionnaire, délié désormais de toute obligation envers le cédant, mais le retrayant qui s'est substitué à lui. »

La Cour de Cassation et de nombreux auteurs limitent, au contraire, la portée des effets de la subrogation. Le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire subsiste pour partie ; le cessionnaire n'est pas réputé n'avoir jamais été l'ayant-cause du cédant ; le retrayant n'est pas considéré comme ayant contracté dès l'origine avec ce même cédant. « C'est, dit M. Demolombe, se méprendre tout à fait que de croire « que le retrait, quand il est exercé, s'impose comme « un fait absolu envers et contre tous : sa nature « même lui imprime, au contraire, un caractère « purement relatif. Gardons-nous, en effet, de con- « fondre les rapports du cédant avec le cessionnaire « et ceux du cessionnaire avec le retrayant ; ces deux « ordres de relation doivent toujours demeurer dis-

(1) Mourlon, *Revue Pratique de Droit Français*, 1860, T. 1, p. 240 et suiv.

« distinctes. Le retrait subroge le retrayant au retrayé,
« cela est incontestable et personne ne le conteste;
« Mais cette subrogation ayant lieu par une opération
« dans laquelle le cédant ne figure point est à son
« égard *res inter alios acta*. Comment, dès lors,
« pourrait-elle avoir pour effet de le mettre en rapport
« de droit et de crédit avec un cessionnaire qu'il ne
« connaît pas ? Un créancier ne peut pas être obligé
« malgré lui de changer de débiteur ! C'est donc sur
« le cessionnaire uniquement et exclusivement que le
« retrait est dirigé ; c'est sur lui seul que le coup
« porte et jamais le cédant n'en doit recevoir, même
« par ricochet, le contre-coup ! Telle était la doctrine
« de Dumoulin ; Pothier y avait adhéré (1) et rien
« n'indique que la loi nouvelle l'ait abandonnée.

« En somme, deux points de vue sont à considérer.

« Entre le retrayant et le retrayé, le retrait subroge
« le premier au second, *in omnibus et per omnia...*
« *perinde ac si emisset a venditore*.

« Entre le retrayé et le cédant, le retrait ne change
« absolument rien au contrat primitif. Ainsi, quoique
« retrayé, le cessionnaire originaire reste le débiteur
« et le débiteur unique du cédant (2). »

Il résulte donc de ces prémisses que si le prix n'est pas payé ou s'il consiste, par exemple, en une rente viagère dont les arrérages ne sont payés que succes-

(1) Pothier, Retraits, nos 300 et 427.

(2) Demolombe : Revue Pratique, t. 7, p. 335. ; Traité des successions, T. 4. nos 138 et suiv.

sivement, le cédant peut toujours, malgré le retrait, réclamer au cessionnaire le paiement du prix ou les arrérages échus.

Dé même, le retrayant, obligé de rembourser au cessionnaire ce que celui-ci a payé, est tenu aussi de lui garantir le paiement de ce qu'il doit encore. Il le fera « soit en rapportant quittance ou décharge du cédant, soit en donnant au cessionnaire des sûretés réelles ou personnelles ; le cessionnaire ne peut être abandonné aux chances d'insolvabilité du retrayant. »

Pour nous, la subrogation est complète et le retrait produit ses effets *ergâ omnes* ; le retrayant, en s'attribuant le marché du cessionnaire, lui succède dans tous ses droits et toutes ses obligations ; devenu l'ayant-cause du retrayant, il est devenu en même temps son débiteur. D'autre part, le cédant, réputé l'auteur du retrayant, doit être considéré comme son créancier. Enfin, le retrayé, censé n'avoir jamais été cessionnaire, doit être regardé comme n'ayant jamais été débiteur du prix de la cession ; par conséquent, si, à l'époque où le retrait est exercé, le cessionnaire est encore débiteur d'une partie du prix, comme, par exemple, quand ce prix consiste en une rente viagère, le retrayant peut seul être poursuivi par le cédant. Seul, désormais, le retrayant est tenu du service de la rente pendant toute la vie des personnes sur la tête desquelles elle a été constituée, quelque longue que soit la vie de ces personnes et quelque onéreux que puisse être le service de la rente. En un mot, le cessionnaire est libéré et ne peut plus être inquiété.

En effet, puisque le retrayé ne peut plus se présenter aux opérations du partage ni même les surveiller, puisqu'il perd la propriété des droits cédés et ne peut désormais exercer aucun droit ni bénéficier d'aucun avantage, il serait illogique et injuste qu'il demeurât le débiteur du cédant, exposé à des poursuites incessantes et à tous les inconvénients que peut engendrer le contrat qu'il a conclu. Privé des droits, il ne peut être soumis aux obligations qui en sont la conséquence; privé des avantages, il ne doit plus supporter les charges.

D'autre part, puisque le retrayant devient même à l'égard du cédant propriétaire des droits cédés, il est juste et logique qu'il soit débiteur de ce cédant et non pas du retrayé qui est censé ne les avoir jamais acquis, et qu'il doive payer le prix de la vente à celui qui est réputé les lui avoir transmis.

Enfin, puisque le cédant est obligé envers le retrayant, puisqu'il doit, par exemple, lui garantir sa qualité d'héritier, il est inadmissible que le retrayant ne soit pas obligé envers le cédant et que, dans un contrat synallagmatique, les obligations ne soient pas corrélatives et que « les contractants ne soient pas tenus réciproquement les uns envers les autres (1) ».

En un mot, s'il est vrai que le contrat originnaire subsiste et régit les rapports du cédant et du retrayé et que le cédant est l'auteur du retrayé, il ne peut être

(1) Art. 1102 C. Civ.

l'auteur du retrayant et avoir transmis en même temps ses droits au retrayant et au retrayé qui ne sont pas des co-cessionnaires.

La doctrine que nous soutenons est donc juridique, logique et équitable, elle nous paraît en même temps conforme à l'intention des parties ; elle est aussi très simple.

Supposons, en effet, que le cessionnaire soit insolvable et que le cédant exerce l'action en paiement du prix contre le retrayant, sa prétention semble naturelle et juste. Et pourtant, les juges, s'ils adoptent le système de la cour de la Cour de Cassation, seront obligés de le débouter « de ses demandes, fins et conclusions » ; car le retrayant lui opposera qu'il est l'ayant cause du cédant en ce qui concerne la propriété des droits cédés, mais qu'il n'est pas débiteur envers lui du prix de la cession. D'autre part, si le cédant intente alors une nouvelle action contre le retrayant du chef de son débiteur, le cessionnaire retrayé, il sera encore non recevable ; car le retrayant est obligé, il est vrai, de rembourser au cessionnaire ce qu'il a payé, mais il ne doit le faire que si et quand le cessionnaire a payé. Dans tous les cas, le retrayant, poursuivi par le cédant, pourrait lui opposer les causes de compensation qu'il pourrait invoquer contre le retrayé du chef duquel il est poursuivi ; de plus, le cédant devrait encore subir le concours des autres créanciers du retrayé qui interviendraient en temps utile.

Supposons, ensuite, que le cédant dont la créance

n'a pas été payée, veuille recourir à l'action en résolution pour défaut de paiement du prix ; il sera encore débouté. En effet, de quelle cession demande-ra-t-il la résolution ? Contre qui formulera-t-il sa demande ? — Contre le retrayant ? — Celui-ci, nous l'avons déjà dit, n'est pas, d'après la Cour de Cassation, le débiteur du cédant. — Contre le retrayé ? — Celui-ci, même à l'égard du cédant, est censé n'avoir jamais eu la propriété des droits cédés. Dès lors, logiquement, il ne doit rien et ne pourrait davantage être tenu de restituer des droits que tous savent ne lui avoir jamais appartenù. D'autre part, si ce même cédant demande à la fois la résolution de la cession et contre le retrayé et, du chef de ce dernier, contre le retrayant, son action sera encore irrecevable ; car, tant que le retrayé n'a pas payé au cédant le prix de la cession, le retrayant, qui ne doit le rembourser que quand il a payé, n'est pas encore tenu envers lui et ne peut, dès lors, être poursuivi de son chef.

Notre système évite ces complications et ces contradictions qui peuvent entraîner pour le cédant de sérieux préjudices. En effet, nous reconnaissons au cédant le droit de poursuivre directement le retrayant, puisque nous considérons ce dernier comme son ayant-cause direct et son débiteur immédiat ; le cédant peut lui réclamer le prix de la cession et, si le retrayant n'exécute pas son obligation, demander la résolution du contrat. Le retrait, nous l'avons déjà dit au cours de cette étude, n'est pas une seconde cession ; il n'entraîne pas la résolution ou l'annulation

de la première ; il substitue seulement une personne à une autre, un successible à un non-successible. Donc si, au moment du retrait, le cessionnaire doit encore au cédant le prix de la cession, le retrayant qui lui est substitué devient débiteur de ce prix. Supposer que le retrayant est obligé envers le cessionnaire et que ce dernier demeure lié envers le cédant, c'est supposer qu'il y a eu deux cessions successives et que le retrayé a été acheteur puis vendeur ; c'est, par conséquent, méconnaître la nature du retrait et les principes fondamentaux de cette matière. Notre système, indépendamment de ses autres avantages, est donc conforme à la nature du retrait.

Les précédents historiques laissent, sur ce point spécial, la question du retrait sans solution précise. L'étendue des effets de cette substitution d'un cessionnaire à un autre a toujours été discutée mais elle n'a jamais été déterminée d'un commun accord. Tiraqueau, s'expliquant à propos du retrait lignager (1), déclare : « *Quæro si in ipsâ venditione non fuerit solutum integrum pretium, vel totum ipsum, vel partem ejus promisit emptor solvere intra aliquod tempus et interim consanguineus vult retrahere et offert id tantum pretium quod solutum est et promittit, cum dies residui cesserit, id ipsum solvere et liberare emptorem... Ego tamen diversum censeo, videlicet consanguineum non teneri solvere pretium non solutum et cujus solvendi dies nondum cessit, non magis*

(1) § 1, gl. 18, nos 32. 34. 39. 40. 41. Retrait lignager.

quam ipsum emptorem in cuius locum ille ex nostrâ consuetudine substituitur atque subrogatur... Nec dici potest emptorem manere obstrictum ac obligatum venditori post cessionem a se factam consanguineo vi istius statuti : quid cum id faciat ex necessitate videtur esse liberatus eâ obligatione solutionis pretii... Aliàs autem hoc statutum esset omnium nequissimum quod cogeret emptorem re sibi vendita cedere, aliumque in sui ipsius locum reponere et nihilominus pretium ejusdem rei solvere... Quod si venditor... quæreretur... se hujus consanguinei fidem non secutum fuisse... Huic ita responderi potest quod... ab initio scient jus ei esse venditionem sibi vocandi atque ita se in locum et jus emptoris transfundendi. Dumoulin (1) et Pothier (2) admettaient, au contraire, que le retrayé demeurerait obligé envers le cédant ; mais Grimaudet partageait l'opinion de Tiraqueau et la jurisprudence, bien qu'elle fût divisée, semblait confirmer cette doctrine (3).

Au moment de la rédaction du Code Civil, la question n'était pas encore résolue et les rédacteurs ne s'en sont point préoccupés ; les travaux préparatoires, en effet, ne laissent aucune trace des débats auxquels elle aurait pu donner lieu. M. Demolombe dit, il est vrai : « On sait que les rédacteurs de notre Code ont, le plus souvent, emprunté à Pothier ses principes et,

(1) Cons. Paris, t. 1, § 20, gl. 8, n° 7 et 8.

(2) Pothier n° 300.

(3) Merlin, V° Droits successifs, n° 442.

tout en reconnaissant que cette matière des retraits ne les a pas beaucoup préoccupés, il n'en est pas moins naturel de croire qu'entre les deux systèmes contraires qui existaient dans notre ancien droit, c'est celui de Pothier qu'ils auront adopté de préférence. » Nous ne croyons pas que l'on puisse induire du silence des travaux préparatoires et du texte de l'article 841 que le législateur a purement et simplement adopté l'opinion de Pothier ; car ce jurisconsulte déclarait « que le retrayant devait rembourser au cessionnaire le prix qu'il a payé pour son acquisition et le faire décharger de tout ce qui en reste dû (1). » Or les rédacteurs du Code Civil n'ont reproduit que le premier chef, indiqué par Pothier, de l'obligation du retrayant envers le retrayé et ils ont supprimé le second. Nous pouvons donc conclure ou qu'ils ignoraient l'opinion de ce jurisconsulte ou qu'ils l'ont rejetée.

« La meilleure preuve, ajoute M. Demolombe, que le retrait est limité et circonscrit entre le retrayé et le retrayant, c'est que ce sont les seules personnes que l'article 841 met en scène... Du cédant, il ne dit pas un mot. » Ce silence n'est point surprenant. Pourquoi, en effet, le législateur aurait-il parlé du cédant, alors que celui-ci doit assister à la lutte engagée entre le retrayant et le cessionnaire en spectateur impuissant et qu'il ne peut prendre part au débat livré devant lui ?

L'ancien droit, les travaux préparatoires et le texte

(1) Pothier Retrait nos 280 et 281.

de l'article 841 ne tranchent donc point la question litigieuse, mais il est une dernière considération qui milite en faveur de notre théorie. Si le retrayé demeure le créancier du retrayant, il aurait, comme tout créancier, le droit de s'opposer « à ce qu'il soit procédé au partage hors de sa présence (1) ». Or ne faudrait-il pas craindre les représailles de ce cessionnaire évincé ? Irrité d'avoir perdu les avantages du contrat qu'il a conclu, ne se montrera-t-il pas d'autant plus exigeant et plus processif que plus grand aura été le préjudice qu'il aura subi ? Ses revendications ne seront-elles pas rigoureuses ? La concorde et l'union que le législateur a désiré voir régner dans les opérations du partage ne seront-elles pas plus facilement détruites ? Les contestations vexatoires qu'il a voulu éviter ne seront-elles pas plus ardentes et plus nombreuses ? En un mot, si nous consultons l'esprit de la loi, nous sommes fondés à prétendre que le retrayant doit être regardé comme le seul débiteur du cédant.

Les objections faites à ce système sont nombreuses; deux, surtout, semblent fondées. « Un créancier, dit-on, ne peut être forcé de changer de débiteur. Le vendeur n'a pas eu confiance en la promesse du retrayant ; il ne doit pas, par un fait involontaire de sa part, perdre le débiteur dont il a suivi la foi. L'acheteur a pu se substituer quelqu'un dans ses droits mais non dans ses obligations. » La substitution du retrayant à l'acheteur primitif n'est pas plus le fait de l'acheteur

(1) Art. 882.

que celui du vendeur. C'est la loi qui l'opère en donnant à une tierce personne le droit d'en écarter une autre des opérations du partage et en permettant aux successibles d'exercer le retrait successoral contre « toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible et à laquelle un cohéritier a cédé son droit à la succession. » Ce changement de débiteur pouvait, d'ailleurs, être prévu par le cédant ; celui-ci connaissait, comme le cessionnaire, le texte de l'article 841 et les dangers qu'il courait en contractant. D'autre part, le retrayé ne cède ni ses droits ni ses obligations, il est dépouillé involontairement et même malgré lui des droits qu'il avait acquis. Privé des droits, il ne peut être soumis aux obligations qui en sont la conséquence.

« Supposons, ajoute-t-on, que le cessionnaire ait donné en paiement des objets certains, meubles ou immeubles, et que la cession ait revêtu la forme d'un échange. S'il est vrai que le retrayé disparaît comme s'il n'avait jamais été partie au contrat, le retrayant doit lui rendre l'objet, meuble ou immeuble, dont il a transféré la propriété au cédant et payer à ce dernier la valeur estimative de cet objet. Or les choses se passent autrement. Le cédant conserve bien et dûment les objets que le cessionnaire lui a livrés et c'est au retrayé que le retrayant en paie la valeur. » Nous croyons que le retrayé ne serait pas fondé à réclamer au retrayant l'objet dont il a transféré la propriété au cédant ; il a pu prévoir l'éviction qu'il subit et s'y est volontairement exposé. Le retrait, d'ailleurs, n'entraîne pas la résolution de la cession ;

il laisse subsister le contrat primitif avec sa chose et son prix ; seul un acheteur est substitué à un autre ; dans les droits et les obligations du premier. Enfin ce mode de procéder est plus simple et plus économique ; il évite une série d'actions récursoires et le paiement de plusieurs droits de mutation.

Puisque le retrait produit un effet rétroactif, l'indemnité que reçoit le cessionnaire, c'est-à-dire la restitution du prix, est le remboursement d'une somme payée par lui sans cause ; il récupère ce qu'il a payé parcequ'il est réputé n'avoir pas acheté ; c'est donc une valeur mobilière qu'il recouvre. Il en résulte que si, à sa mort, le retrait n'a pas encore été exercé et s'il laisse tous ses meubles à un légataire et tous ses immeubles à un autre ou à ses héritiers directs, ce sera le légataire de meubles qui aura droit à la somme remboursée par le retrayant.

Il en résulte encore que si, avant que le retrait soit exercé, il se marie et adopte le régime de la communauté légale, le prix remboursé tombera dans la communauté.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — L'*Adstipulatio* ne devait pas nécessairement être conclue après une stipulation ; elle pouvait suivre toute espèce de contrat.

II. — A l'origine, les créances et les dettes furent intransmissibles.

III. — L'*adstipulatio in duriores causam* était nulle et non pas réductible.

IV. — Le deuxième chapitre de la loi *Aquilia* punissait la simple faute.

V. — Un changement de famille entraînait la *capitis deminutio*.

DROIT FRANÇAIS

I. — Le conjoint survivant, même quand il n'est qu'usufruitier d'une partie des biens laissés par le défunt, et un successeur irrégulier.

II. — Le légataire de l'usufruit de tout ou partie des biens du de Cujus est un légataire particulier.

III. — Le cessionnaire ne peut plus retrocéder au cédant les droits qu'il a acquis, quand l'action en subrogation est intentée.

IV. — Le retrait successoral n'est pas une institution d'ordre public.

V. — Le retrait peut être exercé par un héritier d'une ligne contre le cessionnaire d'un héritier de l'autre ligne, tant qu'un partage n'a pas déterminé la moitié afférente à la ligne paternelle et la moitié afférente à la ligne maternelle.

VI. — Le retrait peut être exercé par le curateur à la succession vacante d'un héritier décédé avant le partage d'une succession à laquelle il était appelé.

VII. — Un créancier ne peut exercer le retrait du chef de son débiteur.

VIII. — L'article 841 ne s'applique pas au partage d'une communauté légale ou d'une société.

IX. — L'adjudicataire d'un droit à une succession est l'ayant-cause d'un héritier.

X. — Les exceptions de l'article 1701 relatives au possesseur des droits litigieux et au créancier du titulaire de ces droits, ne peuvent être étendues à l'article 841.

XI. — L'article 1690 ne s'applique pas à la cession de droits successifs.

XII. — Si, lors de l'exercice du retrait, la rente viagère, consentie par le cessionnaire en faveur du cédant comme prix de la cession, était éteinte par suite de la mort du crédi-rentier, le retrayant ne devrait au retrayé que les arrérages échus jusqu'au décès de ce crédi-rentier.

XIII. — Le retrayant devient l'ayant-cause direct et le débiteur immédiat du cédant.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — L'infantia durait jusqu'à sept ans.

II. — Le sponsor et le fidepromissor ne devaient pas nécessairement intervenir au moment de la formation de l'obligation principale.

III. — Les pactes engendraient une obligation naturelle.

IV. — L'addition ou la suppression d'un sponsor n'opérait pas novation à l'époque classique.

DROIT CIVIL

I. — La femme ne peut être marchande publique sans l'autorisation de son mari. L'autorisation maritale ne peut, dans ce cas, être suppléée par l'autorisation de justice.

II. — Le délai de la majorité se calcule de *momento ad momentum*.

III. — L'usufruit peut s'établir par prescription.

IV. — L'article 909 du Code Civil ne s'applique pas quand le médecin est le conjoint du malade.

V. — Le testament olographe fait par lui-même foi de sa date.

VI. Dans la vente par correspondance, le contrat se forme au moment où le futur acheteur s'est dessaisi de son acceptation, et avant que la lettre d'acceptation ne soit parvenue à celui qui a fait l'offre.

VII. — En cas de paiement avec subrogation au profit du *solvens*, celui-ci n'est pas seulement investi des garanties accessoires qui fortifiaient le droit du créancier mais de la créance même.

DROIT CRIMINEL

I. — La loi nouvelle qui modifie la durée ou les conditions de la prescription s'applique aux infractions déjà commises et aux condamnations déjà prononcées lors de sa promulgation.

II. — L'excuse, en transformant la nature de la peine, transforme la nature de l'infraction ; le fait non excusé étant un crime, excusé devient un délit.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. — L'étranger qui a fixé en France son principal établissement sans autorisation du gouvernement, bénéficie des effets ordinaires du domicile.

II. — La loi étrangère règle le partage de la succession mobilière de l'étranger décédé en France.

VU :

Par le Doyen,

COLMÉT DE SANTERRE.

VU :

Par le Président de la Thèse,

P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE L'ADSTIPULATIO

INTRODUCTION	5
CHAP. I. — Définition — Forme — Caractères de l'Adstipulatio	8
CHAP. II. — Utilité de l'Adstipulatio	16
CHAP. III. — Objet de l'Adstipulatio	27
CHAP. IV. — Qui peut-être Adstipulator ?	32
CHAP. V. — Des rapports qui existaient entre le Créancier principal et l'Adstipulator et entre l'Adstipulator et le Débiteur ; Ou des Droits et des Devoirs de l'Adstipulator.	36
I. — Des rapports qui existaient entre l'Adstipulator et le Créancier principal ou des obligations de l'Adstipulator	37
II. — Des rapports qui existaient entre l'Adstipulator et le Débiteur ou des Droits de l'Adstipulator.	42
APPENDICE. — Modes d'extinction spéciaux à la créance née de l'Adstipulatio	47

DROIT FRANÇAIS

DU RETRAIT SUCCESSORAL

INTRODUCTION	3
CHAP. I. — Origine et Histoire du Retrait successoral	5
CHAP. II. — Qui peut exercer le Retrait successoral?	13
CHAP. III. — Contre qui le Retrait successoral peut-il être exercé?	40
I. — Le cessionnaire doit avoir acquis des droits successifs	40
II. — La cession doit avoir été faite par un héritier	49
III. — La cession doit avoir été faite à titre onéreux	54
IV. — La cession doit avoir été faite à un non-successible	61
CHAP. IV. — Délai dans lequel le retrait successoral doit être exercé	70
CHAP. V. — Obligations du Retrayant.	87
CHAP. VI. — Effets du Retrait successoral	104

POSITIONS

Positions prises dans les Thèses	120
Positions prises en dehors des Thèses	122

DROIT FRANÇAIS

DU RETRAIT SUCCESSORAL

3	Introduction
5	CHAP. I. — Origine et Histoire du Retrait successoral
13	CHAP. II. — Qui peut exercer le Retrait successoral
40	CHAP. III. — Contre quel Retrait successoral peut-il être exercé ?
41	I. — Le cessionnaire doit avoir acquis les biens successoraux
46	II. — La cession doit avoir été faite par un heritier
53	III. — La cession doit avoir été faite à titre onéreux
54	IV. — La cession doit avoir été faite à un non-successible
56	CHAP. IV. — Retrait dans lequel le cession successoral doit être exercé
57	CHAP. V. — Obligations du Retraitant
101	CHAP. VI. — Effets du Retrait successoral

POSITIONS

120	Positions prises dans les Thèses
122	Positions prises en dehors des Thèses

